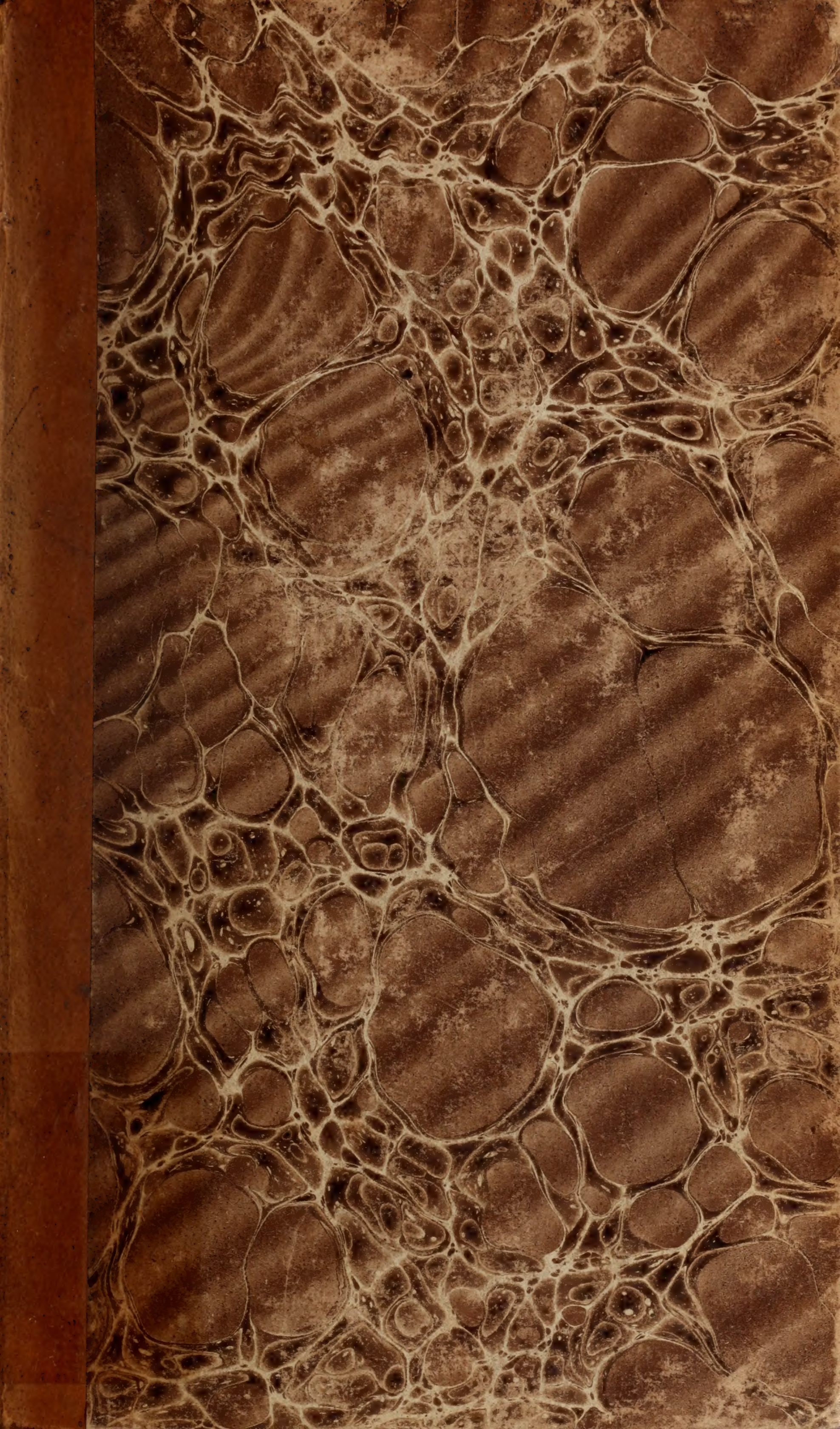


COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

5

SUIVANT LE CODE CIVIL.

Cet Ouvrage se trouve aussi,

à Paris,	CHEZ VIDECOQ, PLACE DU PANTHÉON, N° 6.
	JOUBERT, RUE DES GRÉS, N° 14.
à Toulouse,	Mme VEUVE VIEUSSEUX.
à Aix,	AUBIN.
à Rennes,	MOLLIEX.
	DUCHESNES.
à Poitiers,	SAURIN FRÈRES.
à Caen,	MANCEL.
	MANOURY.
à Limoges,	MARMIGNON.
à Grenoble,	PRUDHOMME.
à Colmar,	REIFFINGER.
à Bordeaux,	CH. LAWALLE.

Paris. — De l'Imprimerie de RIGNOUX et Ce, rue des Francs-Bourgeois-St.-Michel, 8.

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL.

PAR M. DURANTON,
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR.

TOME DOUZIÈME.

Troisième Édition.



PARIS.
ALEX-GOBELET, LIBRAIRE,
RUE SOUFFLOT, 4, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.
1834.





COURS
DE DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

Suite du titre III, des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

CHAPITRE V.

De l'extinction des Obligations.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

1. *Transition à l'extinction des obligations.*
2. *Comment elles s'éteignent d'après l'art.* 1234.
3. *On peut aussi regarder, dans certains cas, comme moyen d'extinction des obligations, l'exception qui naît de l'autorité de la chose jugée.*
4. *Les transactions sont aussi une manière d'éteindre les obligations, du moins en partie.*
5. *La volonté d'un seul des contractans suffit, dans certains contrats, pour leur faire cesser de produire des effets pour l'avenir.*

6. *Certaines obligations s'éteignent aussi par l'expiration du temps pour lequel elles ont été consenties.*

7. *D'autres, par la mort du créancier, ou du débiteur, ou d'un tiers.*

1. Tout ce qui concerne la formation des contrats et des obligations conventionnelles en général, ainsi que leurs effets et les différentes modalités dont elles peuvent être affectées, ayant été traité dans les deux volumes précédens, nous avons maintenant à parler des diverses manières dont elles s'éteignent. C'est l'objet du chapitre V de ce titre.

Nous n'aurons plus ensuite qu'à développer les règles concernant les différens genres de preuves d'après lesquelles on peut constater, soit l'existence des obligations, soit leur extinction.

2. Suivant l'article 1234 du Code, les obligations s'éteignent :

Par le paiement,

Par la novation,

Par la remise volontaire,

Par la compensation,

Par la confusion,

Par la perte de la chose,

Par la nullité (1) ou la rescision,

Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent,

---

(1) C'est-à-dire par l'effet de l'action en nullité, ou, en d'autres termes, par le jugement qui prononce la nullité.

Et par la prescription, qui est l'objet d'un titre particulier dans le Code.

3. On peut aussi regarder, comme moyen d'extinction des obligations, la présomption légale attachée à la force de la chose jugée. Lorsqu'un jugement qui a acquis cette autorité a donné congé de la demande en paiement d'une dette qui existait réellement, ce jugement produit une exception contre une nouvelle demande du même objet formée entre les mêmes parties, agissant en la même qualité l'une et l'autre, et fondée sur la même cause (art. 1350 et 1351). Il établit une présomption de droit, ou qu'il n'y avait pas de dette, ou que celle qui existait a été éteinte par un des moyens énoncés ci-dessus ; mais c'est précisément parce que de la chose jugée découle cette présomption, qu'on peut dire que l'autorité que la loi attache à la chose jugée est une manière d'éteindre les obligations, lorsqu'il y avait réellement dette (1).

4. Les transactions sont aussi une manière d'éteindre les obligations, du moins en partie, en ce que la transaction emporte abandon des prétentions réciproques pour une partie plus ou moins considérable de l'obligation, selon la convention ;

---

(1) Dans le droit romain, l'obligation ne subsistait pas moins encore, nonobstant le jugement qui avait donné congé de la demande au défendeur ; en sorte que l'action subsistait toujours en principe contre ce dernier ; mais il la repoussait *per exceptionem rei judicatæ*. § 5, Instit. *de except.*

mais elles rentrent plus ou moins dans la remise conventionnelle ; et le mutuel dissentiment y rentre aussi, ainsi que nous l'expliquerons en parlant de la remise de la dette.

5. La volonté d'une seule des parties suffit même, dans certains contrats, pour leur faire cesser de produire des effets pour l'avenir : comme la société, le mandat, le dépôt.

6. Les obligations s'éteignent aussi, ainsi que l'usufruit, l'usage, l'emphytéose et autres droits analogues, par l'expiration du temps pour lequel elles ont été consenties. Ainsi, l'obligation de payer une prestation annuelle de telle chose ou de telle somme pendant dix ans, par exemple, prend fin, pour l'avenir, par l'expiration de ces dix années.

7. Et les prestations ou rentes viagères prennent fin par la mort de la personne sur la tête de laquelle elles ont été constituées ; comme les droits d'usage, d'habitation, et autres droits purement personnels, s'éteignent par la mort de la personne au profit de laquelle le droit a été établi, soit qu'il eût été déja exercé ou non.

Bien mieux, la mort du créancier ou du débiteur peut opérer l'extinction même d'une obligation consistant en une somme ou une chose due en une seule fois, lorsque telle a été la convention des parties : nous en avons donné des exemples en parlant de l'effet des conventions par

rapport aux héritiers et ayant-cause des contractans, tom. X, nº 256 et suivans.

SECTION PREMIÈRE.

Du Paiement.

SOMMAIRE.

8. *Division de la section.*

8. Nous aurons d'abord à traiter du paiement en général,

Ensuite, du paiement avec subrogation;

Dans un troisième paragraphe, de l'imputation des paiemens;

Dans un quatrième, des offres de paiement et de la consignation;

Enfin, cinquièmement, de la cession de biens.

C'est la division qu'ont suivie les rédacteurs du Code, et elle embrasse tout ce qui est relatif au paiement.

§ Ier.

Du paiement en général.

SOMMAIRE.

9. *Définition du paiement.*

10. *Tout paiement suppose une dette; en conséquence, ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.*

11. *Mais en conséquence aussi, c'est à celui qui veut répéter à prouver non seulement le paiement qu'il a fait, mais encore qu'il n'y avait pas de dette.*

12. *Le droit romain faisait néanmoins, quant à ce dernier point, une distinction qui devrait être suivie chez nous.*

13. *Il en faisait une autre, tirée de la qualité des personnes, qui ne serait point admise dans notre droit, du moins généralement.*

14. *Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée : texte de l'art.* 1236.

15. *Et même par celui qui n'y est point intéressé, agissant au nom du débiteur, et même en son propre nom : conciliation d'une disposition de cet article avec l'art.* 1250-1°.

16. *Un tiers peut même faire des offres réelles; modification apportée par Dumoulin et Pothier, qui ne devrait pas être suivie sous le Code.*

17. *Un tiers, créancier du créancier, ne peut éteindre la dette par voie de compensation malgré ce dernier.*

18. *Un tiers non intéressé à l'acquittement de la dette peut aussi la payer malgré le débiteur.*

19. *Mais le tiers a-t-il, dans ce cas, à défaut de la subrogation aux droits du créancier, l'action* negotiorum gestorum *contre le débiteur? Droit romain sur ce point; la question décidée chez nous selon les circonstances du fait.*

20. *Les obligations de faire ne peuvent être acquittées par un tiers malgré le créancier, lorsque celui-ci a intérêt à ce que ce soit le débiteur lui-même qui fasse la chose.*

21. *Dans ce cas, la caution elle-même ne pourrait exécuter l'obligation malgré le créancier.*

22. *Anciennement, les redevances emphytéotiques ne pouvaient être payées que par le débiteur, ou en vertu de son mandat.*

23. *Un tiers peut payer les arrérages d'une rente constituée, nonobstant le refus du créancier, comme toute autre dette.*

24. *Celui qui fait le paiement de la dette d'un autre doit l'en avertir au plus tôt, pour que le débiteur ne paie pas de son côté.*

25. *Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et être capable de l'aliéner : texte de l'art.* 1238.

26. *Cependant, cette condition d'être propriétaire de la chose au moment du paiement, ne s'applique pas aux obligations de corps certains, dont le créancier lui-même est devenu propriétaire par le seul fait du consentement.*

27. *Et le paiement fait par un incapable n'est pas nul lorsque l'incapable avait intérêt à le faire, parce que la dette était régulière et exigible.*

28. *Dispositions du droit romain touchant le paiement fait par un pupille sans l'autorité de son tuteur.*

29. *D'un autre côté, le paiement fait par un incapable, et qui lui a préjudicié, ne devient pas valable par cela seul qu'il a eu lieu d'une somme ou d'une chose qui se consomme par l'usage, que le créancier a consommée de bonne foi.*

30. *Mais dans le cas même du paiement d'une chose mobilière qui ne se consomme point par l'usage, et qui a été fait par le non propriétaire, la revendication n'a pas lieu contre le créancier de bonne foi, sauf les cas de perte ou de vol de la chose; et dans ces cas-là mêmes, elle n'a lieu que sous certaines distinctions et conditions.*

31. *Lorsque le créancier qui a reçu en paiement la chose d'autrui, n'en peut plus être évincé, il n'est pas fondé lui-même à dire que le paiement est nul, et qu'il doit lui en être fait un autre, à la charge par lui de restituer ce qu'il a reçu.*

32. *Dans tous les cas, la ratification du propriétaire de la chose donnée en paiement sans san aveu, valide le paiement.*

33. *Cas où il y a consommation des choses données en paiement.*

34. *Le paiement doit être fait au créancier capable de le recevoir. L'héritier du créancier le représente.*

35. *Mais chacun des héritiers n'a droit de recevoir que sa part héréditaire dans chaque créance, sauf les cessions qu'ils ont pu se faire.*

36. *On peut payer au créancier mis en état d'accusation contradictoirement.*

37. *On ne peut payer au mort civilement même les créances conditionnelles qu'il avait avant la mort civile, encore qu'il fût rentré dans la vie civile au moment où la condition se serait accomplie.*

38. *Les paiemens des créances appartenant à des condamnés aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, doivent être faits, pendant la durée de la peine, au tuteur qui leur est nommé.* Quid *du paiement fait au condamné lui-même.*

39. *Pendant l'état de contumace du créancier, on doit payer au séquestre.* Quid *aussi des paiemens faits au contumace ?*

40. *On ne peut faire valablement aucun paiement au créancier mineur non émancipé ou interdit; il faut payer au tuteur.*

41. *Mais le mineur, émancipé assisté de son curateur, peut recevoir le paiement de ses capitaux, et même sans cette assistance, celui de ses revenus.*

42. *Ceux qui sont placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire ont besoin aussi d'être assistés du conseil pour recevoir leurs capitaux et en donner valable décharge.*

43. *Quant aux créances des femmes mariées, il faut distinguer quel régime la femme a adopté, pour connaître si c'est à elle ou au mari que le paiement doit être fait.*

44. *Le paiement fait par un incapable de le recevoir, devient valable s'il le ratifie en temps de capacité.*

45. *Il en est de même si le débiteur prouve qu'il a tourné au profit de l'incapable.*

46. *La ratification donnée par la personne qui représente l'incapable, pendant la durée de ses fonctions, valide également le paiement fait à l'incapable.*

47. *Le paiement fait au mandataire du créancier est censé fait au créancier lui-même; diverses observations touchant ce cas.*

48. *Le paiement fait au porteur d'un faux pouvoir n'est pas valable; il pourrait y avoir exception lorsque le créancier lui avait confié le titre.*

49. *La seule remise des pièces à l'avoué pour poursuivre le débiteur, ne vaut pas pouvoir de recevoir le paiement de la dette.*

50. *La remise du titre exécutoire à l'huissier vaut pouvoir de recevoir le paiement.*

51. *Si le pouvoir de vendre ou de louer emporte celui de recevoir le prix de la vente ou du louage? la question résolue au moyen de quelques distinctions.*

52. *Le paiement fait à celui qui n'avait pas pouvoir suffisant pour le recevoir, devient valable si le créancier le ratifie, même tacitement.*

53. *Du paiement fait au tiers adjoint pour le recevoir,* adjectus solutionis gratiâ; *différens cas et développemens.*

54. *Des paiemens faits aux tuteurs et aux protuteurs.*

55. *On ne doit pas payer aux curateurs des mineurs émancipés, mais aux mineurs eux-mêmes assistés de leur curateur.*

56. *On ne doit pas payer non plus aux curateurs à succession vacante, mais verser dans la caisse des consignations.*

57. *Renvoi* suprà *quant aux paiemens à faire aux maris en cette qualité.*

58. *On paie valablement aux envoyés en possession des biens du créancier absent.*

59. *Les syndics d'une faillite reçoivent et donnent valable décharge.*

60. *On ne peut payer au préjudice des saisies ou oppositions.*

61. *Mais il faut que la créance ait pu être saisie; cas dans lesquels elle n'a pu l'être, pour le tout ou pour partie.*

62. *Il faut aussi que la saisie soit régulière, et qu'elle ait été suivie des formalités voulues par la loi.*

63. *Le débiteur qui a payé les créanciers au mépris d'une saisie doit rendre indemne le saisissant.*

64. *Si, dans le cas de plusieurs saisies, il a fait un paiement à l'un des saisissans, il doit payer aux autres ce qu'ils auraient eu dans la distribution sans ce paiement, ni plus ni moins.*

65. *Le paiement fait par le débiteur à son créancier, lorsqu'il y avait déja une saisie, ne peut nuire au saisissant, mais les saisissans postérieurs ne peuvent s'en plaindre.*

66. *Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.*

67. *Pourvu toutefois qu'il n'y ait eu aucune faute de la part du débiteur; en conséquence, le paiement d'une lettre de change avant l'échéance ne le libérerait point, si la lettre n'appartenait pas à celui qui l'a reçue.*

68. *Mais le paiement fait de bonne foi à l'échéance, même sur un faux endossement, libère le débiteur.*

69. *Il en est de même de celui qui a été fait à un héritier qui s'est fait ensuite relever de son acceptation de la succession en vertu de l'art.* 883 *du Code.*

70. *Et de celui qui a été fait au possesseur de l'hérédité qui est ensuite évincé, quoique ce possesseur fût de mauvaise foi, et ne possédât même la succession que d'après un faux testament.*

71. *Le débiteur doit payer la chose due, et le créancier ne peut être forcé d'en recevoir une autre à la place.*

72. *Si, par erreur, il en avait reçu une autre, il pourrait, en offrant de la restituer, demander celle qui lui avait été promise.*

73. *Dans les obligations de faire une chose qui ne pouvait être faite que par le débiteur, le créancier est bien obligé de se contenter des dommages-intérêts, mais ces dommages-intérêts n'étaient point dans l'obligation d'une manière directe; conséquence.*

74. *Il en est de même, en certains cas, dans les obligations de donner.*

75. *Par suite des règles touchant la compensation, le créancier, dans quelques cas, est bien obligé aussi de se contenter d'une autre chose que celle qui lui était due.*

76. *Espèce décidée dans le droit romain, et qui le serait différemment dans notre droit.*

77. *Le défendeur à l'action en rescision d'un contrat de vente d'immeubles pour cause de vilité du prix, ou à l'action en rescision d'un partage pour cause de lésion de plus du quart, peut en arrêter le cours par l'offre d'un supplément de prix ou de lot, et paie ainsi autre chose que l'objet de l'action.*

78. *Transition à la dation en paiement.*

79. *Ce qu'on entend par* dation en paiement.

80. *Affinité de cet acte avec la vente et l'échange.*

81. *Dans le cas même où c'est en acquit d'une dette en numéraire qu'une chose est livrée au créancier, il importe de distinguer si les parties ont entendu faire une vente, ou seulement une simple dation en paiement; développemens.*

82. *Le créancier, dans le cas de dation en paiement, a-t-il, s'il est ensuite évincé, son ancienne action contre le débiteur, ou bien seulement l'action en garantie pour achat, ou l'une ou l'autre, à son choix? Droit romain sur ce point; la question résolue en principe sous le Code, et aussi en ce qui concerne la caution de la première obligation.*

83. *Le créancier n'est point forcé de recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible.*

84. *Le principe n'est point applicable aux héritiers du débiteur.*

85. *Il souffre exception aussi à l'égard du débiteur lui-même dans le cas de compensation.*

86. *Il ne s'applique pas au cas où la dette est payable en plusieurs temps, ou en plusieurs lieux.*

87. *Mais il s'applique aux cofidéjusseurs comme au débiteur principal, sauf à celui qui serait poursuivi, à proposer le bénéfice de division, s'il n'y avait pas renoncé.*

88. *Comment doit être entendue la faculté laissée au juge, par l'art.* 1224, *d'accorder au débiteur des délais modérés, en considération de sa position.*

89. *Différens cas dans lesquels il n'y a pas lieu d'accorder des délais malgré le créancier.*

90. *Quand la chose due n'est déterminée que par l'espèce à laquelle elle appartient, le débiteur n'est point obligé de la*

donner de la meilleure qualité, mais il ne peut l'offrir de la plus mauvaise.

91. *Dans les obligations de sommes, le débiteur doit payer la somme numérique portée au contrat, et en espèces ayant cours au jour du paiement, soit qu'il y ait eu augmentation ou diminution de valeur dans les monnaies.*

92. *Un dépôt de somme monnoyée doit être restitué dans les mêmes espèces, soit qu'il y ait eu augmentation ou diminution de valeur dans les monnaies.*

93. *Un prêt d'espèces prêtées* ut corpora *doit être restitué en mêmes espèces et même quantité, sans égard aussi à l'augmentation ou diminution de valeur qu'auraient subies les espèces.*

94. *Et dans tous les cas, si le débiteur a été en demeure de se libérer, et que, depuis, une augmentation de valeur légale seulement soit survenue dans les monnaies, il doit rendre le créancier indemne du préjudice que cela peut lui causer.*

95. *Le débiteur d'un corps certain n'est point responsable des détériorations que la chose a éprouvée, pourvu qu'elles aient eu lieu sans son fait ou sa faute, et sans qu'il fût alors en demeure.*

96. *Si les détériorations survenues même pendant la demeure du débiteur eussent dû arriver également chez le créancier, si la chose lui eût été livrée, le débiteur n'en serait point non plus responsable.*

97. *Dans quel lieu le paiement doit être fait; distinction à faire; texte de l'art.* 1247.

98. *Quelques distinctions aussi à raison de certains contrats*

99. *L'indication d'un lieu pour le paiement n'attribue point, en matière non commerciale, compétence au tribunal de ce lieu pour connaître de la demande.*

100. *En sens inverse, l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'acte, dans le sens de l'art.* 111 *du Code civil, n'est point par elle-même une indication de lieu pour y faire le paiement.*

101. *En général, le débiteur doit payer au lieu où il avait son domicile lors du contrat, et non pas au lieu où il l'aurait transporté depuis; même décision quand le paiement devait être fait au domicile du créancier, qui en a ensuite changé.*

102. *Mais cela ne change en rien la compétence ordinaire; le débiteur n'en devra pas moins, s'il n'y a pas d'élection de domicile, être assigné au tribunal de son domicile actuel.*

103. *Dans le doute sur la nature de la mesure, les parties sont généralement censées avoir eu en vue celle où le mesurage doit avoir lieu.*

104. *Les frais du paiement sont à la charge du débiteur, ce qui comprend le coût de la quittance par devant notaire, du papier marqué et le droit d'enregistrement.*

105. *Les frais de mesurage sont aussi à la charge du débiteur, mais ceux d'enlèvement sont à la charge du créancier.*

106. *Le coût du* transit *ou droit de circulation pour les vins et autres liquides, est à la charge du créancier de la marchandise, ou de l'acheteur, sauf convention contraire. Pothier décidait en sens opposé.*

107. *La loi du 3 septembre 1807 décide qui doit supporter les frais d'enregistrement des promesses sous seing-privé, lorsqu'il a lieu avant l'échéance.*

Art. Ier.

Définition du paiement, ce qu'il suppose, et conséquences.

9. Le paiement est la délivrance, remise ou tradition de ce qui est dû, la prestation réelle de l'objet de l'obligation. Ce mot exprime ce qu'exprimait dans le droit romain le mot *solutio* pris dans son sens propre et spécial, où il s'entendait *de præstatione ejus quod debetur.* Mais dans un

sens général, le mot *solutio* s'entendait de la libération du débiteur, de l'extinction de la dette opérée d'une manière quelconque, et comprenait ainsi la novation, la compensation, etc.

10. La première règle qu'établit le Code en cette matière, c'est que tout paiement suppose une dette ; d'où il tire la conséquence que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition (art. 1235). On ne doit pas en effet s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées (*ibid.*). Les développemens du principe que tout paiement suppose une dette, et de sa conséquence, que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, se trouvant placés au titre suivant, *des engagemens qui se forment sans convention*, chapitre premier *des quasi-contrats*, c'est là que nous analyserons les effets du droit de répétition.

11. Nous dirons toutefois ici que, puisque tout paiement suppose une dette, on doit conclure de là que c'est à celui qui a payé et qui veut répéter, comme l'ayant fait mal à propos, à prouver qu'il ne devait pas : *Præsumptionem pro eo esse qui accipit, nemo dubitat*, dit le jurisconsulte Paul dans la loi 25, *princip.* ff., *de probat. et præsumpt. Qui enim solvit, numquàm ita resupinus est, ut facilè suas pecunias jactet et indebitas effundat.* Le Code consacre cette présomption de l'existence de la dette, de la ma-

nière la plus positive, en disant que tout paiement suppose une dette; or, celui qui a en sa faveur une présomption de la loi n'a rien à prouver (art 1352). Celui qui a recu est donc affranchi de la preuve de l'existence de la dette, preuve qu'il aurait eu à faire, s'il eut agi en paiement.

12. Cette loi faisait toutefois une distinction fort judicieuse, et qui devrait être également suivie sous le Code, quoiqu'il ne la consacre pas textuellement. Si celui qui avait reçu le paiement niait l'avoir reçu, sur la demande en répétition, et était convaincu de mauvaise foi par la preuve du demandeur, alors c'était à lui à prouver qu'il y avait dette, que ce qui lui avait été payé l'avait été pour une cause suffisante : *Per enim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquàm fuerit convictus eum accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere.* Mais s'il avait confessé avoir reçu le paiement, c'était au demandeur en restitution à prouver que la cause pour laquelle il avait payé était fausse, qu'il avait payé sans devoir. Le défendeur en répétition, en niant avoir reçu le paiement, niait par cela même avoir reçu le paiement d'une dette; il détruisait la présomption qu'il y avait dette, il fournissait contre lui une présomption au moins aussi forte que celle qui résultait, en sa faveur, du paiement, et il ramenait ainsi les choses au même état qu'avant qu'il fût fait. Or, dans cet état de choses, c'est

à celui qui prétend qu'il existe une obligation à son profit, à en justifier. (Art. 1315.)

Ces raisons sont d'une justesse si évidente, qu'il n'y a pas à balancer à adopter la distinction de la loi romaine, quoique le Code ne la fasse pas textuellement. Seulement, si le paiement avait été fait à l'auteur du défendeur à la demande en restitution, celui-ci pourrait se borner à déclarer qu'il n'en a pas connaissance, parce qu'en effet, il pourrait l'ignorer. Dans ce cas, la preuve du paiement ne devrait pas avoir pour effet nécessaire de détruire la présomption que tout paiement suppose une dette. L'art. 1323 fournit un puissant argument pour le décider ainsi, surtout si on le rapproche de l'art 213 du Code de procédure, qui prononce bien une condamnation à l'amende de 150 fr. contre celui qui a dénié une pièce reconnue ensuite avoir été signée ou écrite par lui, mais qui ne prononce point cette condamnation contre celui qui s'est simplement borné à déclarer ne pas reconnaître une pièce qui a été cependant reconnue avoir été écrite ou signée par son auteur.

13. Cette même loi, ci-dessus citée, faisait toutefois une autre distinction, tirée de la qualité de la personne qui avait payé; mais la décision du jurisconsulte romain à ce sujet ne saurait être admise dans notre droit, du moins sans restriction. Lorsque le paiement avait été fait par un mineur, ou une personne du sexe féminin, ou par un militaire, ou un

agriculteur, ou tout autre personne qui manquait totalement d'instruction, alors c'était à celui qui avait reçu le paiement, à prouver qu'il y avait dette, lors même qu'il n'avait pas nié l'avoir reçu; car ces personnes étaient réputées ne pas connaître le droit, et cette ignorance détruisait la présomption qu'elles avaient payé pour une juste cause; elles avaient seulement à prouver le paiement, et c'était à celui qui avait reçu, à justifier que ce qui lui avait été payé lui était dû, qu'il eût pu exiger ce paiement. D'où il suivait que si l'une de ces personnes eût payé une dette simplement naturelle, ou une dette à la demande de laquelle elle eût pu opposer une exception tirée soit de la loi, soit d'un sénatus-consulte ou du droit prétorien, ou une exception de fait, il n'y avait pas lieu de lui objecter, sur sa demande en répétition, que c'était sa faute de n'avoir pas fait valoir l'exception qu'elle pouvait opposer pour se dispenser de payer la dette. Au lieu que si, dans le même cas, le paiement eût été fait par un majeur, réputé d'ailleurs connaître le droit, ce majeur n'eût pu répéter, du moins généralement, parce qu'il y avait dette, et qu'en ne faisant pas valoir l'exception qui le protégeait, il avait à se reprocher sa faute: son erreur était de droit, et il était censé connaître le droit.

Chez nous, les militaires, les agriculteurs, les personnes même entièrement dépourvues de toute nstruction, et les personnes de sexe féminin (sauf

les règles relatives à l'incapacité des femmes mariées non dûment autorisées), ne sont pas plus réputés ignorer le droit que les autres citoyens, et l'exception de la loi romaine sur le cas dont il s'agit, ne leur serait point applicable. En conséquence, si l'une de ces personnes a fait un paiement, la présomption qu'il y avait dette a toute sa force, comme si c'eût été un autre citoyen qui eût fait ce paiement. Ce sera donc à elle à la détruire, en prouvant que la dette n'existait pas.

Mais si le paiement a été fait par un incapable, ce sera à celui qui l'a reçu, à prouver que la chose lui était due, et l'incapable n'aura pas valablement renoncé, par ce paiement, aux exceptions qu'il pouvait opposer à la demande du créancier. Nous reviendrons, au surplus, sur ces points au titre suivant, quand nous traiterons *ex professo* de l'action en répétition du paiement fait indûment.

Art. II.

Par qui l'obligation peut être acquittée.

14. Suivant l'article 1236, « une obligation peut « être acquittée par toute personne qui y est inté- « ressée, telle qu'un coobligé ou une caution. »

Par conséquent, elle peut être acquittée aussi par le détenteur des biens hypothéqués à la dette.

Bien mieux, l'article ajoute que « l'obligation « peut même être acquittée par un tiers qui n'y est « point intéressé, pourvu qu'il agisse au nom et en « l'acquit du débiteur, ou que, *s'il agit en son nom,*

« *il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.* »

Cette dernière disposition mérite toutefois quelque explication, pour la concilier avec l'article 1250-1.

15. D'abord, en disant que l'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, *pourvu qu'il agisse au nom et en l'acquit du débiteur*, cet article ne suppose pas nécessairement pour cela que le tiers a un mandat à cet effet du débiteur, et qu'il déclare payer en exécution du mandat; car alors ce serait le débiteur lui-même qui serait censé payer par le ministère du mandataire. Il suppose aussi bien que le tiers paie sans mandat, par pure gestion d'affaire; qu'il fait un paiement par intervention, comme dans le cas des articles 158 et 159 du Code de commerce, en matière de lettres de change, auxquelles l'article 187 du même Code assimile les billets à ordre quant au paiement.

En second lieu, l'article suppose aussi que le tiers, en payant, peut vouloir *agir en son nom*, mais il ajoute : *pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*... Et cependant l'article 1250-1° autorise le créancier qui reçoit son paiement d'une tierce personne, à la subroger dans tous ses droits contre le débiteur, et il ne distingue pas si le tiers a déclaré payer au nom et en l'acquit du débiteur, ou s'il a simplement déclaré payer la dette d'un tel : dans les deux cas assurément la subrogation consentie par le créancier aurait effet.

Dans le cas de cession d'action proprement dite, de vente ou transport d'une créance, il n'y a aucune difficulté, parce que le cessionnaire agit évidemment dans son seul intérêt, et par conséquent en son nom; et il est légalement subrogé au lieu et place du créancier contre le débiteur. (Art. 1692.)

Mais si j'ai remis de l'argent à une personne pour payer la dette que j'ai contractée envers Paul, et que cette personne, débitrice aussi de son côté envers Paul, emploie mon argent à éteindre sa dette, au lieu de payer la mienne, agit en son nom au lieu d'agir au mien, les lois romaines décident que ni l'un ni l'autre n'est libéré : je ne le suis pas, parce que le paiement n'ayant point été fait en mon nom, ma dette n'a pas été soldée; cette personne ne l'est pas davantage, parce qu'elle a payé avec les deniers dont elle n'était pas propriétaire. Elle le serait toutefois, si le créancier avait consommé de bonne foi les espèces, pensant qu'elles appartenaient à celui qui les a fait servir au paiement de sa dette, en payant en son nom : L. 17 ff. *de solutionibus.*

Et le paiement fait par quelqu'un qui se croyait débiteur de toute une dette dont il ne devait seulement qu'une partie, ne libère pas celui qui devait le surplus, parce qu'il n'a pas été fait aussi en son nom. L. 101 ff. *de solut.* Seulement il y a lieu, pour celui qui a trop payé, à répéter l'excédant.

Ces cas ne présentent non plus aucune diffi-

culté, et si l'art. 1236 s'était borné à dire que le paiement fait par un tiers au nom et en l'acquit du débiteur libère ce dernier, il n'y en aurait pas davantage; il serait simplement résulté de là que, lorsque celui qui a fait le paiement, a agi au nom d'un autre, pour éteindre la dette de celui-ci, ou en son propre nom, pour éteindre sa propre dette, dette qui n'existait pas, celle du débiteur réel n'est point éteinte. Mais l'article raisonne dans l'hypothèse que c'est bien telle dette, qui existe et que je veux acquitter, et il suppose que moi, tiers, qui veux la payer, je le puis, même en agissant en mon nom, mais toutefois *pourvu que je ne sois pas subrogé aux droits du créancier;* tandis qu'ailleurs le Code autorise le créancier à me subroger, sans exiger cependant que je déclare, en payant la dette, la payer *au nom et en l'acquit du débiteur*, me permettant par conséquent d'agir en mon nom, ou du moins de dire que j'agis en mon nom, pour moi, dans mes vues, tout en acquittant la dette d'un tel envers un tel.

Et en effet, lorsque je me présente à Titius pour lui payer la dette de Sempronius, qu'il est bien certain que c'est cette dette, et non celle d'un autre que je veux solder, qu'importe que je dise que j'agis en mon nom, de mon propre mouvement, sans mandat, ou que je dise que j'agis au nom et en l'acquit de Sempronius, dont je n'ai cependant reçu non plus aucun mandat? Et pourquoi, si Titius peut me subroger dans le dernier cas, ce qui

n'est pas douteux d'après l'art. 1250-1°, ne pourrait-il pas également le faire dans le premier? D'ailleurs, il peut me céder, vendre, transporter sa créance, et cette opération emporte virtuellement et légalement tous les effets d'une subrogation formelle (art. 1692). C'est donc aux effets que le tiers qui a fait le paiement et celui qui l'a reçu ont voulu lui faire produire, qu'il faut s'attacher, plutôt que de s'arrêter aux termes dont s'est servi le tiers en payant. Ordinairement même le tiers se présente en disant simplement qu'il vient payer la dette de M. un tel, et la quittance constate simplement aussi que le créancier a reçu de M. un tel le montant de sa créance sur un tel; et s'il y est déclaré qu'il le subroge à ses droits, la subrogation vaut certainement, quoique le tiers n'ait pas dit dans l'acte de paiement qu'il agissait au nom et en l'acquit de M. un tel. Il a agi en son acquit au moins envers le créancier, quoiqu'il n'ait pas dit agir en son nom, et cela suffit pour qu'il ait pu être subrogé, puisque, encore une fois, il aurait pu l'être sans faire de paiement, en achetant la créance.

Sans doute le créancier n'est point obligé de lui consentir la subrogation, parce que le tiers de cette manière pourrait se procurer les moyens de vexer le débiteur, deviendrait peut-être pour lui un créancier beaucoup plus fâcheux; et c'est uniquement ce que l'on a voulu prévenir, en disant qu'un tiers peut même payer la dette *en son*

nom, pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. Ce serait d'ailleurs forcer celui-ci à vendre sa créance; car celui qui subroge en recevant son paiement est en quelque sorte censé la vendre : *Non enim in solutum accipit, sed quodàmmodò nomen debitoris vendidit.* L. 36, ff. *de fidejuss. et mandat.* (1). Or, on ne peut être forcé de céder sa chose que pour cause d'utilité publique (article 544).

C'est donc parce que les rédacteurs du Code ont vu, dans ce paiement fait par le tiers en son nom, avec subrogation, une sorte d'achat de la créance, plutôt qu'un véritable paiement de la dette (2) (puisqu'il n'y a qu'un changement de créancier, comme dans la cession d'action proprement dite), qu'ils ont ainsi rédigé l'article 1236, voulant dire qu'alors ce ne serait plus un véritable paiement, comme celui qui est fait au nom et en l'acquit du débiteur, sans subrogation, cas dans lequel la créance est réellement éteinte avec tous ses accessoires, sauf au tiers à réclamer son indemnité du débiteur, s'il y a lieu. Mais comme ce n'en est pas non plus un véritable, celui qui est fait dans les termes de l'article 1250-1°, la rédaction de l'article 1236 reste toujours fort obscure, et même inexacte sous ce rapport.

---

(1) Même décision dans la loi 76 ff., *de solut.*

(2) Aussi, *voir* ce qui a été dit au sujet du paiement que le tuteur ferait de la dette du mineur, en se faisant consentir la subrogation, tome III, n° 602.

Quoiqu'il en soit, rien n'empêche le créancier de subroger le tiers en recevant de lui son paiement, soit que celui-ci déclare payer en son nom, soit qu'il déclare payer au nom du débiteur ; la subrogation n'en aura pas moins les mêmes effets, et si ce n'est pas un véritable paiement dans le premier cas, ce n'en sera pas davantage un dans le second : dans tous deux, le débiteur sera seulement libéré envers le créancier, mais il n'en restera pas moins tenu de la dette. Les effets seront même bien peu différens de ceux d'un transport-cession proprement dit.

En matière d'effets de commerce, un tiers, quoique absolument étranger à la dette, qui paie par intervention, peut forcer le créancier à recevoir son paiement, et il est légalement subrogé aux droits du porteur, à la charge d'en remplir les devoirs (art. 158, 159 et 187 du Code de commerce); mais c'est une exception, établie en faveur du commerce. Dans les obligations non commerciales, au contraire, les tiers peuvent seulement se rendre cessionnaires de la créance du consentement du créancier, ou payer avec subrogation, si le créancier ou le débiteur consent à subroger, ou si la loi elle-même subroge; autrement le paiement qu'ils font éteint la dette d'une manière absolue, sauf l'indemnité de celui qui a payé contre le débiteur; et pour cette indemnité, le tiers a l'action du mandat, s'il a payé en vertu d'un mandat; sinon, il a l'action de gestion d'affaire.

16. Si le créancier n'est point forcé de subroger le tiers, même lorsque celui-ci déclare vouloir payer au nom et en l'acquit du débiteur, du moins il ne peut pas se refuser à en recevoir le paiement. La loi est formelle; la libération lui a paru si favorable que tout ce qui peut la faciliter a été admis par elle, pourvu que celui qui paie soit capable de le faire et qu'il soit propriétaire de la chose donnée en paiement (art. 1238), conditions, au surplus, que nous expliquerons bientôt.

En sorte que si le créancier ne veut pas recevoir le paiement, quand d'ailleurs le tiers lui offre tout ce qui lui est dû, ou du moins tout ce qui est échu et exigible, celui-ci peut lui faire des offres réelles, et consigner. Ces offres, suivies de la consignation, tiendront lieu de paiement et libéreront le débiteur, comme si celui-ci les eût faites lui-même (1). Car, dès que la loi reconnaît dans quelqu'un qualité pour faire le paiement, elle lui reconnaît par cela même qualité pour faire ce qui en tient lieu, lorsque le débiteur se refuse à le recevoir. Cependant Pothier, n° 464 de son traité *des obligations*, dit que si le paiement ne procurait aucun avantage réel au débiteur, et n'avait d'autre effet que de lui faire changer de créancier, les offres du tiers ne devraient pas être écoutées. Il appuie son sentiment de celui de Dumoulin, *de Usuris*, *quest.* 45. Nous ne pensons pas que cette opinion dût être suivie sous le Code,

---

(1) L. 72, § 2, ff. *de solut.*

puisque l'art. 1236 décide généralement que le tiers peut payer la dette, et n'exige dans aucun cas, pour cela, que le créancier consente à recevoir, ni que le tiers lui rapporte le consentement du débiteur. La décision de ces auteurs revient en général à dire que le créancier peut se refuser à recevoir son paiement d'un tiers, à peu près toutes les fois que la créance est sans privilége ou hypothèque, ni cautionnement, parce qu'alors l'action *negotiorum gestorum* qu'aurait le tiers après avoir payé la dette, produirait généralement le même effet contre le débiteur, que l'action de la dette payée ; et ce serait, il faut le dire, grandement restreindre l'application de l'art. 1236.

17. Mais un tiers qui se trouve de son côté créancier du créancier peut-il, au lieu de payer réellement la dette, compenser avec lui et malgré lui ? On n'eût pas balancé, dans le droit romain, à rejeter une telle prétention, puisque le débiteur poursuivi lui-même ne pouvait, pour éteindre sa dette, faire valoir la créance d'un tiers sur le créancier malgré celui-ci, encore que le tiers y donnât son consentement. C'est ce que décide Papinien dans la loi 18, § 1, ff. *de compens.* ainsi conçue : *Creditor compensare non cogitur quod alii quàm debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo qui convenitur, ob proprium debitum velit compensare.* Mais Pothier, qui fait ainsi l'espèce de cette loi, admettait néanmoins que la créance d'un tiers peut

servir à éteindre la dette par la compensation. « Vous me faites, dit-il, commandement de vous « payer cent livres que je vous dois, et je vous si- « gnifie un acte par lequel Pierre consent que la « somme de cent livres que vous lui devez vienne « en compensation de celle que vous me demandez ; « et, en conséquence, je conclus à la compensation « et au congé du commandement, dont j'offre les « frais ; je dois être écouté. »

Si le tiers avait déja fait ou faisait transport ou cession régulière de sa créance au débiteur, il ne serait pas douteux que celui-ci ne pût s'en servir pour éteindre sa dette par voie de compensation, laquelle se serait opérée depuis la signification du transport au créancier, et les frais faits depuis par ce dernier resteraient à sa charge ; car, au moyen de cette cession, le débiteur serait devenu créancier de son créancier. C'est même la disposition formelle de la loi ci-dessus : *In rem suam procurator datus*, (et le cessionnaire est *procurator in rem suam*) *post litis contestationem si vice mutuâ conveniatur, æquitate compensationis utetur.* Or, dans l'espèce donnée par Pothier, il y a une sorte de transport ou cession de la créance du tiers, il y a une cession *ad hoc,* pour l'extinction de la dette du débiteur ; aussi n'est-il pas douteux que le droit de mutation par cession ne fût dû ; et nous pensons en effet avec cet auteur, et avec Puffendorf et Barbeyrac, que le débiteur, dans ce cas, peut se libérer par le moyen de la compensation, attendu que

le consentement du tiers vaut à cet effet transport de sa créance au débiteur, quoique, dans la pureté des principes du droit romain, il n'en fût pas ainsi, parce qu'on ne voyait pas là une cession d'action parfaite qui constituât le débiteur *procurator in rem suam* quant à la créance du tiers.

Mais lorsque c'est simplement un tiers créancier du créancier qui se présente pour acquitter la dette, et que, au lieu de la payer, ainsi qu'il en a le droit d'après l'article 1236, quoiqu'il ne soit pas intéressé à son acquittement, il veut l'éteindre par voie de compensation, alors la question change de face, et nous ne croyons pas qu'il puisse invoquer ce moyen pour éteindre la dette, parce que la compensation ne s'opère point entre ceux qui ne sont pas réciproquement créanciers l'un de l'autre; sauf à lui à poursuivre le paiement de sa créance, et sauf aussi à lui à faire saisie-arrêt entre les mains du débiteur, à opposer ensuite au créancier la compensation à raison de ce que celui-ci lui doit, et à éteindre de sa sorte la dette jusqu'à concurrence de ce qui lui reviendrait sur la saisie. Mais le résultat, dans ce cas, pourrait n'être pas le même que dans le cas de la cession; car si d'autres créanciers du créancier avaient également formé saisie ou opposition entre les mains du débiteur, le tiers ne pourrait opposer au créancier la compensation, que jusqu'à concurrence de ce qui lui reviendrait dans la distribution, et ce ne serait que pour cette partie seulement qu'il aurait

éteint la dette dont il s'agit : pour le surplus de sa créance, il le conserverait tel que de droit.

18. Non seulement un tiers non intéressé à l'acquittement de la dette peut la payer malgré le créancier, en lui faisant des offres, lorsqu'il ne veut pas recevoir le paiement, mais il peut aussi la payer malgré le débiteur lui-même, et affranchir ainsi les biens de celui de l'hypothèque, et libérer ses cautions. Telle était la décision des lois romaines, et qui était suivie dans notre ancienne jurisprudence : *Solvere pro ignorante et* INVITO *cuique licet, cùm sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.* L. 53, ff. *de solut.* La libération est favorable, et les lois, par cela même, ont cherché à la faciliter autant qu'il était possible. La règle *Beneficium invito non datur* n'est point faite pour ce cas ; elle s'entend des libéralités que l'on voudrait faire directement à quelqu'un et dont il ne voudrait pas ; au lieu qu'ici l'acte principal et direct, c'est le paiement, lequel est fait au créancier ; et si le débiteur en profite, en tant qu'il est libéré de son obligation, ce n'est que *per consequentiam* (1).

19. Mais le tiers qui a ainsi payé la dette malgré le débiteur, et que le créancier n'a point voulu subroger à ses droits, que la loi non plus n'a pas subrogé, a-t-il, au défaut de l'action du créancier,

---

(1) Perez et Vinnius sur les Institutes, *tit. quib. mod. tollit. oblig.*

l'action de gestion d'affaires contre le débiteur, pour répéter ce qu'il a déboursé utilement pour lui?

Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point (1). Ainsi, dans le cas où quelqu'un avait cautionné un débiteur en sa présence et malgré lui, et qu'il avait ensuite payé la dette, Paul, dans la loi 40, ff. *mandati vel contrà*, dit qu'il n'y a lieu ni à l'action *mandati*, ni à l'action *negotiorum gestorum;* qu'à la vérité, quelques jurisconsultes estiment qu'il y a lieu à l'action *negotiorum gestorum utilis*, mais que pour lui, se rangeant au sentiment de Pomponius, il ne le pense même pas: *Si pro te præsente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est: sed quidam* UTILEM *putant dari oportere; quibus non consentio, secundùm quod et Pomponio videtur.*

Ulpien, dans la loi 6, § 2, au même titre, et Papinien, dans la loi 53 *eod. tit.*, paraissent avoir été du même sentiment que Paul sur ce point.

Justinien, voulant trancher cette controverse, a décidé, par sa constitution, qui est la loi dernière au Code, *de negotiis gestis*, que celui qui se mêlerait des affaires de quelqu'un malgré son opposition formelle dûment constatée par une notification ou une dénonciation écrite, ou même par témoins, n'aurait contre lui aucune action en répétition de ses déboursés postérieurs à la prohibition, quoique

---

(1) Les auteurs qui ont traité du droit naturel ne le sont pas eux-mêmes. *Voyez* Wolf., *Jus nat.*, part. 5, § 717, et Barbeyrac sur Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, tom. II, pag. 521.

l'affaire eût d'ailleurs été bien et utilement gérée. Il rappelle d'abord que cette question a été vivement controversée parmi les jurisconsultes, que, suivant les uns, il y avait lieu à l'action *negotiorum gestorum etiam directa ;* que selon d'autres, il y avait lieu à cet action, mais *tantùm utilis* (c'est-à-dire *utilitate et æquitate suadente, sed non ex mero jure*); enfin que suivant d'autres encore, au nombre desquels il place Salvius Julianus (1), un des plus grands jurisconsultes qu'ait eus Rome, il n'y avait lieu à l'action en répétition sous aucun point de vue quelconque, considérant celui qui avait fait les dépenses comme ayant voulu en faire don dans ce cas.

Le Code civil ne s'explique pas sur ce point, et l'on ne peut se dissimuler qu'il y aurait de graves inconvéniens à reconnaître toujours l'action en répétition dans celui qui a payé la dette d'un autre malgré l'opposition formelle du débiteur, et que le créancier n'a pas voulu subroger à ses droits; car si, dans quelque cas, il peut faire le paiement dans de bonnes vues, peut-être pour prévenir un procès entre les parties qui sont dans de fâcheuses dispositions l'une envers l'autre, il peut arriver aussi, et fréquemment, que ce soit un moyen imaginé par lui pour vexer le débiteur et le poursuivre avec plus de rigueur que ne l'aurait fait le créancier. Nous penserions donc, d'après ces consi-

---

(1) Le sentiment de ce dernier est rapporté par Ulpien dans la loi 8, § 3, ff. *de negotiis gestis*.

dérations, que les juges de l'action en répétition devraient se décider suivant les circonstances particulières de la cause et les motifs qui ont pu déterminer le tiers à faire le paiement, et bien considérer aussi la nature et les caractères de l'opposition du débiteur. Le principe *nemo jacturâ alterius locupletari debet*, sur lequel est fondé l'action *negotiorum gestorum*, ne trouve point naturellement son application dans le cas où un tiers vient se mêler d'une affaire qui ne le regarde pas, dans des vues de malveillance et d'animosité envers le débiteur, et malgré l'opposition formelle de celui-ci; et c'était une des principales raisons qui avaient déterminé plusieurs jurisconsultes romains à refuser toute action en répétition, même à celui qui s'était borné d'abord à cautionner le débiteur malgré lui et qui avait ensuite payé la dette. A plus forte raison l'auraient-ils refusé à celui qui, sans engagement préalable de sa part comme caution, eût payé la dette nonobstant l'opposition positive du débiteur. Mais nous le répétons, ce serait un point à décider suivant les circonstances de la cause.

Du reste, le débiteur ne peut s'opposer à ce que le créancier ne vende au tiers, son action, ou reçoive de lui le paiement avec subrogation; et dans le cas de paiement par intervention d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, où c'est la loi elle-même qui subroge, la défense du débiteur à ce que le tiers fît le paiement n'empêcherait pas la subrogation d'avoir lieu et de produire tous ses effets.

20. Le principe que l'obligation peut être acquittée malgré le créancier, même par un tiers qui n'y est point intéressé, reçoit exception dans les obligations de faire, lorsque le créancier a intérêt à ce que l'obligation soit remplie par le débiteur lui-même (art. 1237). Or, il a cet intérêt lorsque, dans l'obligation de faire un certain ouvrage, il a vraisemblablement pris en considération le talent particulier du debiteur : par exemple, lorsque j'ai fait marché avec un peintre renommé pour me faire un certain tableau, ce peintre ne pourrait faire exécuter malgré moi son obligation par un autre peintre. *Nam inter artifices longa differentia est, et ingenii et naturæ, et doctrinæ et institutionis.* L. 31, ff. *de solut.*

21. La caution ne pourrait même, contre le gré du créancier, exécuter l'obligation de faire, s'il avait intérêt à ce qu'elle fût remplie par le débiteur lui-même. Cette loi en contient la disposition formelle, et l'art. 1236, tout en disant que l'obligation peut être acquittée par tous ceux qui y sont intéressés, tels qu'un coobligé ou une caution, n'est pas contraire à cette décision, car il ne s'applique point aux obligations de faire, que le créancier a intérêt à voir exécuter par le débiteur lui-même, obligations régies par l'art. 1237, et non par l'art. 1236. Les offres que ferait la caution d'exécuter elle-même l'obligation ne la soustrairaient donc pas à la responsabilité pour les dommages-intérêts qu'encour-

rait le débiteur à raison de l'inexécution de son engagement. Même loi 31, ff. *de solut.*

22. Anciennement, on tenait que le paiement des redevances emphytéotiques devait être fait par le débiteur, ou du moins en son nom et en vertu de son mandat; en conséquence, le créancier pouvait se refuser à le recevoir d'un tiers, quoique celui-ci déclarât payer au nom et en l'acquit du débiteur, s'il ne le faisait pas en vertu d'un mandat donné à cet effet. Car la redevance annuelle était payée en reconnaissance du domaine *direct*, et par cela même le maître du fonds avait intérêt à ce que le paiement lui en fût fait annuellement par l'emphytéote, afin qu'il reconnût lui-même par là le droit de ce dernier. Voët *ad Pandectas*, *tit. de solut.*, nº 10.

23. Quant aux arrérages de rentes, bien que, aux termes de l'art. 1912, le débiteur d'une rente constituée en perpétuel puisse être contraint au remboursement du capital, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années, et qu'ainsi le créancier puisse avoir intérêt à ce que le service de la rente ne lui soit pas fait avec exactitude, afin de pouvoir exiger ce remboursement, néanmoins un tiers pourrait payer et offrir valablement de payer des arrérages pour le débiteur, et prévenir de la sorte l'obligation où serait celui-ci de rembourser le capital faute du service de la rente. L'intérêt qu'aurait le créancier à ce que ce paiement ne

lui fût pas fait ne pourrait être allégué par lui, il ne serait pas fondé sur un droit acquis, et il serait d'ailleurs peu honnête.

24. Le tiers qui a payé la dette sans mandat du débiteur doit s'empresser de lui en donner connaissance, afin qu'il ne la paye pas de son côté; autrement il n'aurait pas de recours contre lui dans le cas où celui-ci aurait effectivement payé au créancier de mauvaise foi; il n'en aurait que contre ce dernier, quoiqu'il se fût fait subroger à ses droits.

Art. III.

Quelles qualités il faut avoir pour payer valablement.

25. Suivant l'article 1238, « pour payer valable-
« ment, il faut être propriétaire de la chose donnée
« en paiement, et capable de l'aliéner.

« Néanmoins, le paiement d'une somme d'argent
« ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne
« peut être repété contre le créancier qui l'a con-
« sommée de bonne foi, quoique le paiement en ait
« été fait par celui qui n'en était pas propriétaire
« ou qui n'était pas capable de l'aliéner. »

26. Ces dispositions, où l'on remarque plus d'un vestige du droit romain, méritent toutefois quelques observations.

D'abord, il est bien vrai qu'en principe, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la

chose donnée en paiement, et être capable de l'aliéner ; car le paiement doit avoir pour objet de faire acquérir la chose au créancier, afin qu'il puisse en disposer comme bon lui semblera. Il n'est donc pas valable si celui qui donne la chose en paiement n'en est pas propriétaire au moment où il paie, quoiqu'il l'eût été précédemment : *Non videntur dantur quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt.* L. 167, ff. *de reg. juris.*

De là il est évident que si, par erreur, je reçois de mon débiteur ma propre chose, pour celle qui m'est due, il n'y a pas de paiement, et que celui qui a été fait ne pourra jamais devenir valable ; car *quod meum est, ampliùs meum fieri non potest.*

Mais cependant comme aujourd'hui la propriété est transférée par le seul consentement, d'après les articles 711, 938, 1138 et 1583, il est clair aussi qu'on ne peut plus dire, dans les obligations de corps certains appartenant au débiteur au temps où il les a promis, que, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement ; car précisément au temps du paiement ou délivrance, qui est le moment où l'on exige cette qualité dans le débiteur, celui-ci avait cessé d'être propriétaire, et le créancier l'était déja devenu. Le paiement n'était plus qu'une affaire d'exécution du contrat, une délivrance de la possesion de la chose, et n'avait point pour objet d'en conférer au créancier la propriété, ainsi qu'il l'eût eu jadis dans la plupart des cas.

A plus forte raison, dans les cas de simple restitution d'une chose prêtée, louée, déposée ou donnée à gage, la qualité de propriétaire n'est-elle point exigée dans celui qui fait cette restitution, puisqu'au contraire il restitue la chose à celui qui en est propriétaire ; et les restitutions sont cependant comprises sous le nom de paiement : c'est l'exécution de l'obligation de l'emprunteur, du dépositaire, etc. L'art. 1234 n'en fait pas en effet un mode particulier d'extinction des obligations.

27. En second lieu, la disposition qui veut que pour payer valablement, celui qui paie soit capable d'aliéner la chose donnée en paiement, n'a qu'un sens peu déterminé dans les résultats, quoiqu'elle paraisse en avoir un clair et précis en considérant le droit pur.

En effet, lorsque la dette est légitime, qu'il n'y a aucune exception à opposer à l'action du créancier, que cette dette est échue au moment où le paiement en est effectué, qu'importe que celui qui la paie soit ou non capable d'aliéner la chose donnée en paiement? D'abord si c'était un corps certain qui fût dû, par exemple tel cheval, tel immeuble même, vendu par l'auteur de l'incapable, ou par l'incapable en temps de capacité, le paiement qu'il en ferait n'étant point un acte d'aliénation, mais la simple exécution, comme fait, d'un engagement qu'il fallait remplir, le principe ne serait pas applicable ; car la délivrance ou paie-

ment, n'importe, loin de préjudicier au débiteur, lui éviterait des poursuites et des frais, lui serait utile, en un mot. D'ailleurs, le créancier étant propriétaire du corps certain qui lui a été livré, l'obliger à le restituer, ce serait l'obliger à livrer sa chose, ce qui est inadmissible.

Et si l'on suppose une obligation de somme, ou d'une chose qui se consomme par l'usage, toujours régulièrement contractée, soit par l'auteur de l'incapable, soit par l'incapable lui-même en temps de capacité, et une obligation non prescrite, et échue, on ne voie pas non plus en quoi le paiement fait par le débiteur a pu lui nuire, et sur quel motif celui-ci fonderait une action en répétition, dans l'hypothèse où le Code paraît cependant la lui accorder, celle où la chose payée n'a pas été consommée par le créancier; car, après la répétition, il se trouverait débiteur, et, à ce titre, exposé à des poursuites de la part de ce dernier. Qu'on le considère en droit pur comme n'ayant pu faire un paiement valable, parce qu'il ne pouvait aliéner la chose donnée en paiement, on le conçoit, en envisageant la question sous ce rapport; mais, d'abord, le défaut d'intérêt devrait le faire déclarer non recevable à répéter; et en second lieu, le Code lui-même s'opposerait à la répétition, parce que s'il est propriétaire de la chose mal à propos payée par lui, comme n'ayant pas eu la capacité de l'aliéner, d'un autre côté, il en est débiteur, puisque la dette n'est point éteinte dès qu'il tient le paiement qu'il a fait

comme nul et non avenu ; or, il résulte de là qu'il y a compensation, attendu que les choses sont de même espèce; que les deux dettes sont exigibles, et que la compensation s'opère entre toutes personnes qui se trouvent réciproquement créancière et débitrice l'une envers l'autre.

Ainsi, dans ce cas encore, le Code, en décidant que le paiement n'est pas valable, et en paraissant, en conséquence, autoriser la répétition, ne consacre qu'une pure abstraction, puisque celui qui s'est procuré la libération d'une obligation valable, ne peut être considéré comme ayant fait un acte nul. Les rédacteurs du Code se sont laissés entraîner par l'exemple des auteurs, qui, prenant eux-mêmes pour base de leurs décisions sur ce point, le droit romain envisagé dans la pureté de ses principes, enseignent en effet, mais d'une manière beaucoup trop générale, que le paiement fait par un incapable est nul, parce que, disent-ils, le but du paiement est de rendre le créancier propriétaire de la chose payée, et que ce but ne peut être atteint dès que le paiement est fait par une personne qui ne peut se dépouiller de la propriété de cette chose, pour la conférer au créancier.

28. C'était, en effet, en partant de ce principe, que, dans le droit romain, l'on décidait que le pupille qui avait fait un paiement sans l'autorité de son tuteur, pouvait revendiquer la chose tant qu'elle existait; que si elle avait été consommée

de mauvaise foi par le créancier, le pupille avait l'action dite *ad exhibendum*, pour se faire rendre autant, avec dommages-intérêts; et, dans l'un et l'autre cas, la dette n'était point éteinte. Mais si le créancier avait reçu et consommé de bonne foi les espèces, ou la chose donnée en paiement, comme alors le pupille n'avait, ni l'action en revendication, qui n'est donnée que contre le possesseur, ni l'action *ad exhibendum* qui, dans le cas dont il s'agit, n'était donnée que contre celui qui avait consommé de mauvaise foi les choses payées, le paiement devenait valable, parce qu'il était même de l'intérêt du pupille qu'il en fût ainsi, ce pupille ne pouvant, d'une part, répéter par aucune action, et, d'autre part, ayant sa libération acquise. C'est ce qui résulte positivement des lois 19, § 1, ff. *de rebus creditis*, 9 § 2, ff, *de auctorit. tutor.*, 14, § *ult.* ff. *de solut.*, et du § 3 aux Instit., *quibus alienare licet vel non.*

Donneau (1), sur la loi 19, § 1, ff. *de rebus creditis*, ci-dessus citée, tirait même de ces principes, cette conséquence, rigoureusement exacte, et que l'équité et le bon sens repoussent cependant évidemment, que, si un pupille a fait un prêt ou un paiement sans l'autorité de son tuteur, et que les choses aient péri par cas fortuit dans la main de celui qui les a reçues, la perte en doit être suppor-

(1 D'anciens jurisconsultes avaient décidé comme Donneau, notamment Azon.

tée par le pupille, suivant la règle *res perit domino*. Vinnius, sur le § 3, Instit., *quibus alien. licet vel non*, combat, avec raison, cette décision, en disant que l'on ne doit pas rétorquer contre le pupille, ce qui a été introduit en sa faveur, c'est-à-dire son incapacité d'aliéner sans l'autorité de son tuteur. Mais si le sentiment de Vinnius est plus équitable, celui de Donneau était plus conforme au droit pur, d'après lequel il raisonnait; ce qui est un motif de plus précisément pour ne pas admettre sans restriction, dans notre droit, un principe qui conduirait à une telle conséquence.

29. Que si l'on suppose, au contraire, une obligation que l'incapable avait intérêt à ne point acquitter, parce qu'il avait à faire valoir des moyens de nullité ou de rescission, ou la prescription déja acquise; ou si l'on suppose le paiement d'une dette simplement naturelle, ou de la dette d'un tiers, alors la question change de face; mais bien certainement la seconde disposition de notre article 1238 ne serait point applicable à ce cas, c'est-à-dire que quand bien même il s'agirait du paiement d'une somme d'argent ou d'une chose qui se consomme par l'usage, que le créancier aurait reçue et consommée de bonne foi, l'incapable n'en pourrait pas moins revenir contre le paiement qu'il aurait fait et qui lui préjudicierait; sauf à remettre les choses au même état qu'auparavant. Car, quant au cas où il aurait payé une dette prescrite, par exemple,

comme il ne pouvait renoncer à la prescription acquise (art. 2222), et que c'est cependant ce qu'il aurait fait en payant la dette (art. 2221), il est clair qu'il pourrait répéter, nonobstant, disons-nous, la disposition trop générale de cet article 1238. Or, il en est de même des cas où il avait à faire valoir d'autres moyens que celui de la prescription, et de celui où l'obligation était simplement naturelle, ou qu'il s'agissait de la dette d'un tiers, parce que dans tous il a été lésé par le paiement qu'il a fait.

Le droit romain lui-même, qui, comme nous venons de le dire, validait le paiement fait par le pupille sans l'autorité du tuteur, lorsqu'il y avait eu consommation de bonne foi des espèces par le créancier, le décidait de la sorte principalement *favore pupilli*, parce que lorsque c'était sa dette qu'il avait acquittée, et que cette dette était une dette légitime, contre laquelle il n'y avait pas d'exception à faire valoir, une dette exigible, en un mot, le pupille se trouvait libéré. Mais, dans le cas même où c'était un pubère mineur de vingt-cinq ans (ayant moins de vingt-cinq ans) qui avait payé une dette qu'il eût pu se dispenser de payer, au moyen de certaine exception qu'il eût pu opposer au créancier, il n'était pas douteux qu'il ne pût répéter, quoiqu'un majeur ne l'eût pu dans le même cas, ce majeur ayant ainsi valablement renoncé au bénéfice de l'exception en payant la dette : la loi 25, ff. *de minoribus*, en contient la disposition expresse, et elle n'apporte point de restriction pour

le cas où le créancier aurait consommé de bonne foi les espèces ou les choses payées, parce qu'en effet il n'y avait pas à en faire, le mineur ayant été lésé par le paiement, ce qui suffisait pour qu'il fût admis à se faire restituer contre cet acte. La loi 2 au Code, *si adversùs solutionem à tutore vel à se factam*, *etc.*, porte une semblable décision : elle veut qu'un mineur qui a acquitté par erreur de droit un legs qu'il eût pu se dispenser d'acquitter, puisse répéter ce qu'il a payé ; tandis qu'un majeur n'aurait pu répéter dans le même cas. Enfin, l'art. 1338 du Code exige, pour que la confirmation ou exécution volontaire d'une obligation contre laquelle la loi admettait l'action en nullité ou en rescision, en purge le vice, que cette ratification ou cette exécution ait eu lieu à une époque où l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée ; or, nous raisonnons, au contraire, dans l'hypothèse où le paiement a été fait par un incapable ; donc il est nul et sujet à répétition, quoiqu'il s'agit d'une somme ou d'une chose qui se consomme par l'usage, et que le créancier l'eût consommée de bonne foi.

30. Une autre observation également importante que fait naître notre article 1238, c'est qu'il semblerait que si la chose payée par celui qui n'en était pas propriétaire, n'était point une somme ou une chose qui se consomme par l'usage, ou si, étant telle, elle n'avait pas été consommée, le tiers pro-

priétaire pourrait se la faire restituer, puisque c'est dans le cas contraire qu'il ne le peut pas. Mais, s'il en était ainsi d'une manière absolue, il y aurait opposition manifeste entre cette disposition et celle de l'art. 2279, suivant lequel, *En fait de meubles, la possession vaut titre*, car cette règle est aussi bien en faveur de celui qui possède au titre *pro soluto*, qu'en faveur de celui qui possède au titre *pro emptore*, précisément parce qu'elle dispense le possesseur de dire à quel titre il possède, puisque sa possession vaut titre, c'est-à-dire titre de propriétaire, de maître de la chose ; autrement il n'y aurait à cet égard aucune différence entre les meubles et les immeubles, attendu qu'aussi pour les immeubles, celui qui les possède est censé les posséder pour lui et à titre de propriétaire, jusqu'à preuve du contraire (art. 2230). Mais la différence consiste en ce que pour les meubles, la preuve contraire n'est point admise, sauf certains cas d'exception, où il est permis de les revendiquer, savoir : lorsqu'ils ont été perdus ou volés (même article 2279), et encore sous les conditions exprimées dans l'art. 2280.

Mais dans ces mêmes cas, si la chose payée est du nombre de celles qui se consomment par l'usage, et que le créancier l'ait consommée de bonne foi, alors la répétition n'aura pas lieu, conformément à la deuxième disposition de notre art. 1238, qui, dans sa généralité, est encore un vestige du droit romain, où les meubles, sans distinction, même l'argent monnoyé, pouvaient, tout aussi

bien que les immeubles, être suivis par voie de revendication contre tout détenteur quelconque, ou contre celui qui, par dol, avait cessé de les posséder. Ainsi, cette disposition, que *pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement*, souffre encore d'autres limitations que celle exprimée dans la seconde partie de l'article, à cause du principe de notre droit français, *En fait de meubles, la possession vaut titre.*

Et dans le cas même où la chose payée, et qui a été volée ou perdue, ne se consommerait pas par l'usage, ou que, se consommant par l'usage, elle n'aurait pas encore été consommée par le créancier, si celui-ci l'avait reçue de bonne foi et avait supprimé son titre par suite du paiement, il pourrait écarter la demande en revendication du propriétaire, tant que son titre ne serait pas rétabli. Pour le décider ainsi, l'on peut se fonder, d'une part, sur l'article 1377, qui porte, dans sa seconde disposition, que le droit de répétition n'a pas lieu au profit de celui qui, par erreur, a soldé la dette d'un autre, lorsque le créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf à celui qui a payé, son recours contre le véritable débiteur; et, d'autre part, sur l'article 2280, suivant lequel, si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre

qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. Or, le créancier a dû croire que le débiteur s'est procuré par des voies licites et ordinaires la chose qu'il lui a donnée en paiement; il a dû la recevoir de lui sans défiance, comme l'on reçoit d'un marchand une chose de son commerce : donc, si la loi protége l'acheteur, en ce sens qu'elle ne l'oblige à restituer la chose volée ou perdue, qu'à la charge, pour le propriétaire, de lui restituer ce qu'elle lui a coûté, elle doit par la même raison protéger le créancier qui, par suite du paiement à lui fait, a supprimé son titre, tant que ce titre n'est pas rétabli. A tout prendre, celui qui paie par erreur la dette d'un autre est aussi favorable, dans beaucoup de cas du moins, que celui qui, par sa négligence, s'est laissé voler sa chose, ou qui l'a perdue : donc si l'on ne peut répéter le paiement qu'il a fait, lorsque par suite de ce paiement le créancier a supprimé son titre, de même l'autre ne doit pouvoir, dans le même cas, revendiquer la chose qu'il s'est laissé voler ou qu'il a perdue, et dont un tiers s'est servi pour payer sa dette, qu'autant qu'il a fait rétablir le titre du créancier, en supposant toutefois, comme nous l'avons fait, que ce créancier fût de bonne foi.

51. Et si le créancier ne pouvait plus être évincé de la chose, parce que le temps de la revendication serait expiré, il ne pourrait lui-même prétendre que le paiement n'est pas valable et en demander

un nouveau, en offrant de restituer la chose qu'il a reçue : *Is qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine, liberatur.* L. 60, ff. *de solut.*

D'après cela, et en principe pur, hors les cas de perte ou de vol, il n'y aurait pas, dans notre droit, de distinction à faire entre les choses qui se consomment par l'usage et les autres objets mobiliers, et, quant aux premières, entre le cas où le créancier ne les aurait pas encore consommées, et le cas contraire ; dans tous, le créancier pouvant se défendre par la maxime *En fait de meubles, la possession vaut titre,* il ne serait pas fondé à dire que le paiement qui lui a été fait n'est pas valable, pour prétendre qu'un autre paiement doit lui être fait, en offrant de restituer la chose reçue. Mais, quoique cette décision nous paraisse une conséquence bien déduite du principe que, lorsque le créancier n'a point à craindre d'éviction de la chose à lui payée, le paiement est valide, néanmoins nous ne pouvons nous dissimuler que les tribunaux n'adopteraient probablement pas dans tous les cas cette doctrine, surtout si la chose qu'offrirait de rendre le créancier était réclamée par celui qui en était propriétaire avant le paiement. On accueillerait probablement le refus que ferait ce créancier de vouloir profiter du bénéfice de la maxime *En fait de meubles, la possession vaut titre*, quoiqu'il y eût peut-être la même raison de le décider ainsi pour le cas de la prescription acquise du meuble payé, laquelle est également introduite dans l'intérêt du possesseur, et à laquelle

cependant il ne pourrait renoncer pour se faire payer derechef, attendu que tous ceux qui ont intérêt à l'invoquer, ont droit de le faire (art. 2225), et que d'ailleurs la créance se trouvant alors éteinte, *re usucaptâ*, il ne dépendrait pas de lui de la faire revivre.

32. Au surplus, dans tous les cas, si le tiers propriétaire ratifie le paiement, ou devient l'unique héritier de celui qui l'a fait, ou *vice versâ;* ou bien si l'objet payé a cessé d'exister par force majeure, ou par la faute du créancier, celui-ci ne peut plus critiquer le paiement, et l'obligation est définitivement éteinte : dans ces cas, *solutio, principio invalida, posteà convaluit.* LL. 60, 78 *et* 94, § 2, ff. *de solut.*

33. Quoiqu'on ait pu voir, d'après ce qui précède, que nous n'attachions pas, en ce qui concerne l'effet du paiement, une grande importance, du moins généralement, à la circonstance que la chose payée par un incapable ou par celui qui n'en était pas propriétaire, a été ou non consommée, néanmoins nous ne passerons pas sous silence ce qu'on entend par *consommation.*

Il est clair que, lorsqu'il s'agit de denrées, comme du blé, du vin, de l'huile, du bois à brûler, ces denrées sont consommées par l'usage qu'on en a fait. C'est là une consommation physique et naturelle.

Ces choses, dans le langage des jurisconsultes, et même de la loi (art. 1291), sont appelées *fon-*

gibles (1), du verbe *fungi, fungor*, parce qu'elles sont représentées, dans les paiemens et dans la compensation, par d'autres de même espèce et qualité, c'est-à-dire que *una res vice alterius fungitur*, car, dans chaque espèce, *tantumdem idem est*. Ce sont des choses qui, ainsi que l'argent monnoyé, *numero, mensurâ, pondereve constant*. On doit aussi les regarder comme consommées dans la main du créancier qui les a reçues du non propriétaire ou de celui qui n'était pas capable de faire le paiement, lorsque ce créancier les a lui-même aliénées en les donnant en paiement, ou à prêt; c'est là une consommation civile.

Quant au numéraire, les interprètes du droit romain ne sont pas parfaitement d'accord sur les cas où il doit être réputé consommé.

Ils conviennent bien tous qu'il y a consommation des espèces par la fonte qui en est faite, ou par tout autre procédé propre à enlever à la pièce de monnaie sa forme comme numéraire et son caractère légal.

Ils disent aussi qu'il y a consommation civile des espèces comptées à une personne, lorsqu'elles sont tellement mêlées aux siennes propres qu'elles n'en peuvent plus être distinguées; et ils se fondent à cet égard sur la loi 78, ff. *de solut.* Telle est notamment la décision de Donneau sur la loi 11,

(1) Mais *voyez* ce que nous avons dit sur le sens de ce mot, au tome IV, n° 12 et suivant, en traitant *de la distinction des biens*.

§ *ult.*, ff. *de rebus creditis*, et de Vinnius sur le § 2, aux Instit. *tit. quib. alien. licet vel non.*

Mais Godefroy dit dans ses notes sur la loi 9, § 2, ff. *de auct. tut.*, et en se fondant sur la loi 19, § 2, ff. *de rebus creditis*, que les espèces sont aussi censées consommées, qu'elles le sont évidemment par cela seul que celui à qui elles ont été comptées les a lui-même données en paiement à une autre personne, ou lui en a fait prêt, *mutuum;* tandis que Vinnius, censurant à cet égard assez amèrement Godefroy, prétend que, dans ces derniers cas, les espèces ne sauraient être considérées comme consommées, qu'autant qu'elles auraient été confondues par le tiers avec d'autres de manière à n'en pouvoir être dicernées : le seul fait du paiement ou du prêt ne suffit pas, suivant lui.

Sans contredit, l'opinion de Vinnius est plus conforme aux principes du droit romain, suivant lesquels la revendication de l'argent monnoyé, comme de toute autre chose mobilière ou immobilière, pouvait être exercée par le propriétaire contre le détenteur, tant que les espèces pouvaient être reconnues, et contre lequel aussi il y avait lieu à l'action *ad exhibendum* (qui, dans ce cas, était une espèce de revendication *utilis*), s'il les avait consommées de mauvaise foi, ou avait cessé d'une façon quelconque de les posséder, également par mauvaise foi. En effet, la loi 19, § 2, ff. *de rebus creditis*, sur laquelle s'appuie Godefroy, ne dit pas que les espèces sont consommées par cela seul que celui qui

les a reçues les a lui-même prêtées ou données en paiement à une autre personne ; elle dit seulement que si cela a eu lieu, et que les espèces aient été consommées, *eâ pecuniâ consumptâ*, la propriété en est irrévocablement perdue pour celui qui les avait, parce qu'il n'y a plus lieu à les revendiquer.

Mais l'opinion de Godefroy est néanmoins préférable dans notre droit, où les meubles, en principe, n'ont pas plus de suite par voie de revendication (art. 2279), que par voie d'hypothèque (art. 2119). L'on doit, d'après cela, regarder comme consommé dans le sens de l'art. 1238, l'argent prêté ou donné en paiement par celui à qui il a été compté par la personne qui n'en était pas propriétaire, ou qui n'avait pas capacité pour faire le paiement.

Mais, d'autre part, et en laissant de côté la pureté des principes du droit romain sur ce point, il est douteux que l'on doive, chez nous, où l'on s'attache plus à l'équité qu'à la subtilité du droit, regarder comme consommé, du numéraire, par cela seul qu'il a été mêlé avec d'autre de même espèce dans un sac ou dans une caisse, par celui à qui il a été compté ; car une pièce de 5 francs, par exemple, représentant parfaitement une autre pièce de la même monnaie, dès que c'est une pièce de cette espèce qui est réclamée, il importe peu que l'on soit certain qu'elle est celle qui a été payée. Ce n'est point *tanquàm corpus* qu'on la réclame,

on réclame une chose qui représente cette pièce. Au lieu que, dans le droit romain, en matière de revendication, il fallait absolument désigner l'objet même qui était revendiqué, démontrer le corps, ce qui était impossible quand les espèces avaient été mêlées avec d'autres de même qualité, au même type, de manière à n'en pouvoir être distinguées ou séparées : alors la propriété en était transférée, par l'extinction du droit de revendication dans la main du propriétaire; tandis que nous croyons que si les espèces comptées sont encore en nature dans la main de celui à qui elles ont été comptées, il n'y a pas lieu de dire, dans l'esprit du Code, qu'elles sont consommées par cela seul qu'elles ont été mises avec d'autres de même espèce, dans un même sac ou dans une même caisse.

Art. IV.

A qui le paiement doit ou peut être fait.

54. Le paiement doit être fait au créancier capable de le recevoir, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par la loi ou par la justice, à recevoir pour lui. (Art. 1239.)

Nous entendons par *créancier*, non seulement la personne avec laquelle le débiteur a contracté, mais encore ses héritiers, soit testamentaires, soit ab intestat.

Mais quoique l'héritier fût chargé de restitution, le paiement ne lui serait pas moins valablement fait, même sans la présence du tuteur nommé à la

disposition. Cette présence est bien requise par le Code pour la confection de l'inventaire des biens compris dans la disposition, ainsi que pour l'emploi des deniers provenans du mobilier vendu (art. 1059 et 1068), mais elle ne l'est pas pour la réception des paiemens, et la loi 104, ff. *de solut.*, décide que les paiemens faits à un héritier grevé de restitution, doivent être tenus pour valables par l'appelé à recueillir les biens.

35. Suivant ce qui a été dit au tome précédent, en parlant de la division des dettes entre les héritiers du débiteur et du créancier, le paiement ne doit être fait à chacun des héritiers de ce dernier qu'en proportion de sa part héréditaire (art. 1220), à moins que l'un d'eux n'ait reçu de ses cohéritiers le pouvoir de recevoir au delà, soit par mandat, soit par l'acte du partage ou un autre acte quelconque emportant cession, auquel cas le paiement peut lui être fait aussi pour la partie cédée; car celui à qui le créancier a transporté la créance par vente, donation, legs, transaction ou autre titre emportant cession, devient lui-même créancier par la signification de son titre au débiteur, ou par l'acceptation volontaire qu'en fait ce dernier, et même dans les effets de commerce, par un simple endossement. Désormais c'est donc à lui que le paiement doit être fait, et non à l'ancien créancier, qui se trouve dépouillé de la créance par la cession.

36. On peut valablement payer au créancier mis

contradictoirement en état d'accusation (1). Nous allons voir le cas où il serait contumace.

37. On ne peut payer au mort civilement les créances qu'il avait avant la mort civile, encore qu'il fût rentré dans la vie civile, que les créances fussent conditionnelles, et que la condition ne se fût accomplie que depuis sa rentrée dans la vie civile; car elle a un effet rétroactif (art. 1179), et les créances ont été dévolues aux héritiers (art. 25).

38. A l'égard des condamnés aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, l'art. 29 du Code pénal porte qu'ils sont en état d'interdiction légale pendant la durée de la peine, et qu'il doit leur être nommé un tuteur pour gérer et administrer leurs biens, dans les formes prescrites pour la nomination des tuteurs aux interdits. C'est donc à ce tuteur que les paiemens doivent être faits.

Cependant, si un paiement était fait au condamné lui-même, celui-ci serait déclaré non recevable à en demander un nouveau. On le repousserait par l'exception *doli mali*, quand bien même il aurait dissipé la somme payée. La disposition de l'art. 31 du même Code, portant que, pendant la durée de la peine, il ne pourra être remis au condamné aucune somme, aucune provision, aucune portion de ses revenus, n'est point contraire à cette

(1) 42, ff. *de solut.*

décision ; son but est d'empêcher le tuteur de faire cette remise ; mais l'interdiction dont est frappé le condamné ne peut raisonnablement tourner à son profit, en l'autorisant à demander un nouveau paiement : *nemo ex delicto suo actionem vel emolumentum consequi debet.* Nous pensons même que le tuteur, pendant la durée de la peine, ne pourrait poursuivre le débiteur en nouveau paiement ; car ce serait de la sorte en faire profiter le condamné. Si l'on objectait que, de cette manière, la prohibition de la loi pourrait être éludée, nous répondrions que c'est un mal sans doute, mais que ce serait un mal bien plus grave si le condamné pouvait encore, par lui-même ou par le ministère du tuteur, toucher deux fois ce qui lui était dû.

39. Quant aux contumaces, le paiement de leurs créances doit être fait au préposé de la régie des domaines et droits d'enregistrement du domicile du contumace, chargé d'apposer le séquestre sur ses biens et de les régir tant que durera la contumace (art. 471 du Code d'inst. crim.); ce qui doit être entendu, à l'égard des condamnés à une peine emportant mort civile, seulement des paiemens faits jusqu'à ce que la mort civile soit encourue, c'est-à-dire jusqu'à l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par effigie, conformément aux art. 25 et 27 du Code civil combinés, et à ce que nous avons démontré au tome Ier, n° 229. Car, après cette époque, la succession est

ouverte, et le compte du séquestre doit être rendu aux héritiers du condamné alors frappé de mort civile.

Du reste, nous pensons bien que si un paiement était fait à un contumace non mort civilement, celui-ci ne pourrait ensuite en demander un nouveau, sous pretexte que, pendant la contumace, l'administration de ses biens lui était enlevée par la loi, et conférée au préposé de la régie; il serait non recevable; on le repousserait *exceptione doli mali.* (1).

40. On ne peut payer à un créancier mineur non émancipé, ni à un interdit, aucune espèce de dette : le paiement doit être fait au tuteur. (Art. 450 et 509.)

41. Mais le mineur émancipé, assisté de son curateur, peut recevoir le paiement de ses capitaux, et le remboursement de ses contrats de rente, que les débiteurs croient devoir lui faire, et en donner valable décharge. (Art. 482.) Et relativement à ce que l'on doit généralement entendre par *capitaux*, il convient de voir ce qui a été dit au tome III, n° 679 et suivans.

Le mineur émancipé peut même recevoir seul, et sans espoir de restitution pour cause de minorité, ses revenus quelconques (art. 481), comme fermages, loyers, arrérages de rente et intérêts

---

(1) *Voyez* tome I, n° 352.

des capitaux, ainsi que le paiement des denrées provenant de ses récoltes, et autres objets que l'on ne pourrait, sans forcer le sens du mot, considérer comme capitaux; car ayant l'administration de ses biens (*ibid.*), il peut cultiver par ses mains comme donner à ferme, et par conséquent vendre lui-même ses denrées et en recevoir le prix.

Et s'il est commerçant, ou s'il exerce une industrie, il peut recevoir, comme faire, le paiement des obligations qui concernent son commerce ou son industrie.

42. Ceux qui sont placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire ont besoin de l'assistance de ce conseil pour recevoir un capital mobilier et en donner valable décharge (art. 499 et 513); et cela, soit qu'ils le touchent directement du débiteur, qui veut se libérer, soit qu'ayant transporté la créance à un tiers avec l'assistance du conseil, ou avant d'être placés sous cette assistance, ils reçoivent du cessionnaire le prix du transport. Mais ils peuvent, comme les mineurs émancipés, recevoir seuls leurs revenus, sans être sujets à restitution, si ce n'est dans les cas, très rares, où une personne parfaitement capable pourrait l'être elle-même pour ces objets.

43. Quant aux créances des femmes mariées, il faut distinguer quel régime celles-ci ont adopté.

Celles qui ont adopté le régime de la communauté ne reçoivent pas valablement le paiement

de leurs créances sans être autorisées à cet effet par le mari ; et nous n'entendons pas seulement par là les créances qui sont entrées, de leur chef, dans la communauté, car elles ne sont plus les créances de la femme, et il ne saurait y avoir de doute que c'est au mari seul, comme chef et administrateur de la communauté, à en poursuivre le recouvrement et à donner décharge aux débiteurs (Art. 1421.); nous entendons parler aussi des créances de la femme qui ne sont point entrées dans la communauté, soit à raison d'une stipulation particulière, soit parce qu'il s'agirait d'une donation faite pendant le mariage et que le donateur aurait exprimé sa volonté que la chose resterait propre à la femme. En effet, le mari a également qualité pour exercer les actions relatives à ces créances : c'est lui qui, sous ce régime, administre seul les biens de la femme, et peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à celle-ci : seulement il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement, ni exercer de son chef les actions immobilières qui appartiennent à cette dernière. (Art. 1428.) En outre, les revenus de ces mêmes créances entrent dans la communauté (article 1401—2°), par conséquent c'est au mari à recevoir les paiemens, sauf la restitution qu'il en devra faire à la dissolution de la communauté. D'ailleurs, même sous le régime d'exclusion de communauté sans séparation de biens, la femme n'a pas l'administration de ses

biens, ni le droit d'en percevoir les fruits : ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage (article 1530). C'est lui aussi qui administre les biens tant meubles qu'immeubles de la femme, et qui par suite, dit l'article 1531, a le droit *de percevoir tout le mobilier que la femme apporte en dot, ou qui lui échoit pendant le mariage*, sauf la restitution qu'il doit en faire après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée par justice. Or, comment la femme mariée en communauté aurait-elle, sans l'autorisation de son mari, capacité pour recevoir le paiement de ses créances qui ne sont point entrées dans la communauté, puisque le mari, comme chef de cette même communauté, a la jouissance de ces mêmes créances? Si dans le cas d'exclusion générale de communauté, c'est au mari à toucher les créances de sa femme, ce doit être à lui également quand l'exclusion n'est pas de la communauté elle-même, mais seulement de certaines choses. Il doit, à la dissolution de la communauté, rendre compte de ce que la femme justifiera avoir apporté lors du mariage ou lui être échu pendant son cours, et qui lui est demeuré propre (1470-1° 1503 et 1504 combinés), justification qui se fait par le contrat de mariage ou par des états ou inventaires; en sorte que si la femme ne donnait aux débiteurs que des quittances sous signature privée, qui ne fussent pas ensuite représentées, et qu'à la dissolution du mariage, la

prescription fût acquise, le mari serait obligé de faire raison de sommes qu'il n'aurait pas touchées, parce qu'il serait présumé les avoir reçues lui-même, quand cependant, dans ce système, il n'y aurait aucune faute à lui reprocher ! Nous n'insistons autant sur ce point que parce que quelques auteurs (1) ont prétendu qu'en attribuant au mari l'exercice des actions mobilières de la femme mariée en communauté, l'art. 1428 voulait parler des actions pour choses mobilières qui sont entrées du chef de celle-ci dans la communauté, et non des actions pour choses de cette qualité qui sont propres à la femme en vertu d'une clause du contrat de mariage, ou par l'effet d'une clause d'une donation qui lui aurait été faite ; ce que nous ne croyons pas le moins du monde, attendu que pour les choses entrées dans la communauté, l'art. 1421 avait déja réglé le pouvoir du mari, et par conséquent que l'art. 1428 ne serait, à cet égard, qu'une répétition inutile d'un principe précédemment établi. Aussi Pothier et les autres auteurs qui ont écrit sur la communauté, reconnaissent-ils dans le mari l'exercice des actions pour les choses mobilières qui appartiennent en propre à la femme, c'est-à-dire qui ne sont point entrées dans la communauté. D'ailleurs, quelle plus forte preuve peut-il y en avoir que l'art. 1531 ? car l'on doit évidemment décider pour la partie ce que l'on

---

(1) MM. Chabot et Toullier, dont nous réfutons l'opinion au tom. VII, n° 120, note, *Voyez* aussi au tom. VI, n° 425, note 2.

décide, par cet article, pour la généralité des droits mobiliers de la femme ; autrement il y aurait dans la loi une inconséquence palpable.

Ainsi les débiteurs des dettes dont il s'agit ne doivent pas payer à la femme, tant que celle-ci n'est pas autorisée par son mari à recevoir le paiement ; ils s'exposeraient à payer deux fois, s'ils ne justifiaient pas que le mari a profité du paiement ; à plus forte raison en est-il ainsi à l'égard des créances de la femme qui sont entrées dans la communauté.

Il en est de même des créances de la femme mariée sous le régime dotal, et qui font partie de la dot : c'est au mari seul à en recevoir le paiement, et lui seul peut en donner valable décharge (article 1549); sauf à lui à donner pouvoir à sa femme, comme à tout autre, pour recevoir le paiement.

Mais la femme séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit judiciairement, peut, sans autorisation, recevoir le paiement de ses créances et en donner valable décharge, parce qu'elle a la libre administration de ses biens, et qu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner (à titre onéreux), (articles 1449 et 1536). Elle peut, par cela même, donner main-levée des hypothèques, attendu que l'hypothèque, bien qu'elle soit un droit réel sur un immeuble (article 2114), n'est néanmoins qu'un accessoire, qui participe de la nature du principal.

Pareillement, la femme mariée sous le régime dotal, mais qui a des biens paraphernaux, peut

recevoir sans autorisation le paiement des créances qui font partie de ces mêmes biens, dont elle a l'administration (art. 1579); car, en général (1), l'administration des biens, dans l'esprit du Code, emporte la capacité d'aliéner le mobilier, par conséquent celle de recevoir le paiement même d'un capital mobilier et d'en donner décharge, ce qui est une aliénation de la créance, en tant que le créancier ne l'a plus par le fait du paiement.

Enfin, la femme même mariée sous le régime dotal peut, lorsque cela a été convenu par le contrat de mariage, toucher annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels (art. 1549); et il en est de même de la femme mariée sous le régime d'exclusion de communauté sans séparation de biens (art. 1534).

Il faut au surplus remarquer que, dans les cas où c'est à la femme que le paiement doit être fait, le mari ne peut, sans son consentement, le recevoir et donner valable décharge ; le débiteur ne lui paierait pas avec sûreté. L. 11, Cod. *de solut.*

44. Au reste, le paiement fait à un incapable devient valable par la ratification donnée en temps

---

(1) Nous disons *en général*, parce qu'il y a quelques exceptions : notamment, le mineur émancipé a l'administration de ses biens, et il ne peut néanmoins aliéner toute espèce de choses mobilières. On peut voir ce qui a été dit à ce sujet, tom. III, au titre *de la tutelle et de l'émancipation*, chap. V, sect. 2, §§ II et III.

de capacité. (Articles 1338 et 1239 second alinéa, par argument.)

45. Et il en est de même si le débiteur prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier (art. 1241). Et si c'est depuis que l'incapable a acquis la capacité, que la chose a été dissipée par lui, ou qu'elle est venue à périr, même par cas fortuit, il est censé en avoir profité, parce qu'il en a été plus riche en réalité pendant tout le temps qui s'est écoulé depuis le moment où il avait atteint sa capacité jusqu'à celui où la chose a été dissipée ou est venue à périr.

Mais si la demande en nouveau paiement a eu lieu pendant l'incapacité, l'on doit, pour savoir si l'incapable s'est enrichi par le paiement, et de combien, considérer le moment de la demande, parce que c'est à ce moment qu'elle doit être fondée.

L'on doit aussi considérer si l'incapable a employé la chose payée à se procurer des choses qui lui étaient *nécessaires* ou à payer des dettes légitimes, ou bien s'il l'a employée à se procurer des choses dont il n'avait pas besoin, ou même qui lui étaient simplement utiles. La perte, même par cas fortuit, des choses nécessaires qu'il s'est procurées, ne l'autoriserait pas à demander un nouveau paiement, car il a épargné d'autant sa propre bourse en se les procurant avec les deniers qui lui ont été payés. Mais la perte des choses même

utiles, mais simplement utiles, arrivée pendant l'incapacité, ferait considérer le paiement comme ne lui ayant en définitive pas profité. C'est donc une question de fait, du moins généralement.

46. Le paiement fait à un incapable deviendrait pareillement valable par la ratification donnée par celui à qui il devait être fait : par exemple, le paiement fait au mineur ou à l'interdit, ou à la femme mariée non autorisée, deviendrait valide par la ratification du tuteur ou du mari, parce qu'alors ce serait à lui qu'il serait censé avoir été fait.

Nous avons bien dit, au tome II, n° 518, qu'un mari ou un tuteur, en ratifiant l'engagement que la femme a contracté sans être autorisée, ou celui du mineur, ne peut enlever à la femme ou au mineur le moyen de nullité; mais il n'y a pas de contradiction : car, autre chose est un engagement que le mari n'avait pas le pouvoir de contracter à l'effet d'obliger sa femme, ou que le tuteur ne pouvait contracter qu'en remplissant certaines formalités, ou peut-être même pas du tout, et un paiement que le mari ou le tuteur devait lui-même recevoir, et qu'il est censé avoir reçu, en l'approuvant, puisque le tuteur aura à en rendre compte, ainsi que le mari, s'il y a lieu, suivant la nature du régime sous lequel il serait marié. Mais la ratification ne validerait toutefois le paiement à l'égard du mineur ou de la femme, ou

de leurs héritiers, qu'autant qu'elle serait donnée pendant la tutelle ou le mariage.

47. Voyons maintenant les cas où le paiement est fait à celui qui a pouvoir du créancier pour recevoir pour lui; et, à cette occasion, nous parlerons de ceux qui sont indiqués par la convention pour le recevoir, et qu'on nomme, en droit, *adjecti solutionis gratiâ.*

Le paiement fait au mandataire du créancier est réputé fait à celui-ci : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset.* L. 180, ff. *de regul. juris.* Et puisque le paiement est censé fait au créancier lui-même, il importe peu quel est le mandataire; qu'il soit ou non capable de recevoir pour lui-même, la chose est indifférente, parce que c'est la personne seule du créancier qui a donné le mandat qui doit être considérée, ce créancier devant s'imputer d'avoir donné pouvoir à un incapable : L. 4, Cod. *de solut.* En vain voudrait-on argumenter, contre cette décision, des termes de l'art. 1990, qui porte que les femmes et les *mineurs émancipés* peuvent être choisis pour mandataires, pour en conclure, *è contrario,* que les mineurs non émancipés ne peuvent l'être, et, en conséquence, que le paiement fait à un mineur non émancipé choisi pour mandataire à cet effet par le créancier, n'est pas valable; nous répondrions que ce mot *émancipés* doit être entendu dans un sens explicatif, et non dans un sens restrictif.

Il n'y avait aucun motif, en effet, pour changer l'ancien droit à cet égard, et il n'y en avait pas non plus pour distinguer entre les femmes non autorisées et les mineurs non émancipés, puisque le mandataire n'aura toujours d'action contre le mineur non émancipé ou émancipé qu'il a choisi pour mandataire, que d'après les règles générales établies pour les obligations des mineurs, comme il n'en aura contre la femme non autorisée, que d'après les règles établies au titre *du contrat de mariage et des droits et des devoirs respectifs des époux*; or, le tiers débiteur est tout-à-fait étranger à la responsabilité du mandataire, quel qu'il soit.

Celui qui a un mandat général d'administrer les affaires du créancier peut valablement recevoir les paiemens, car ce n'est là, en général, qu'un acte d'administration, et même un acte de conservation dans beaucoup de cas. L. 12, ff. *de solut.*

Et non seulement on peut payer au mandataire choisi par le créancier, mais encore à celui qui a pouvoir d'une personne qui représente légalement ce dernier; par exemple, au mandataire choisi par le tuteur ou le mari, s'il s'agit d'une créance appartenant à un mineur en tutelle (1), ou à une femme mariée, lorsque le paiement devait être reçu par le mari, pourvu toutefois que le pouvoir du tuteur ou du mari dure encore au moment du paiement, ou, s'il ne subsistait déja plus, pourvu que

(1) L. 96, ff. *de solut.*

le débiteur eût payé de bonne foi, dans l'ignorance de l'événement qui a fait cesser le pouvoir légal du tuteur ou du mari, et par suite celui du mandataire choisi par l'un ou l'autre (Art. 2009, par argument.)

Si le mandataire avait pouvoir de se substituer quelqu'un, le paiement fait au substitué serait pareillement valable (art. 1998.)

Mais si le créancier n'avait pas lui-même la capacité de recevoir le paiement, par exemple, parce qu'il était mineur non émancipé ou interdit, le débiteur ne se libérerait pas valablement envers lui par le paiement fait à un mandataire de son choix, quoique ce mandataire fût d'ailleurs capable de recevoir pour lui-même.

Et le paiement ne peut être fait qu'autant que le mandat, donné même par une personne capable, subsiste toujours. Néanmoins, comme nous venons de le dire, s'il avait été fait dans l'ignorance où était le débiteur de la cause qui a fait cesser le mandat, il serait valable, sinon *ex strictis principiis juris*, du moins *ex æquitate, et utilitate suadente.* L. 12, § 2; L. 34, § 3; L. 51, ff. *de solut.*, et art. 2009 du Code.

48. Mais le paiement ne serait pas valable s'il avait été fait à une personne qui n'avait qu'une fausse procuration; le débiteur devrait s'imputer de ne s'être pas suffisamment informé de la réalité du pouvoir. L. 34, § 4, ff. *de solut.* Cependant,

si le titre se trouvait entre les mains de celui qui a reçu le paiement, et par le fait du créancier qui le lui avait confié pour quelque raison particulière, cette circonstance pourrait faire déclarer le paiement valable. Nous verrons même plus loin que le paiement des effets de commerce, fait de bonne foi sur un faux endossement, et à l'échéance, doit libérer le débiteur; et l'endossement est une procuration à l'effet de toucher; c'est un *ordre* donné au débiteur de payer au porteur : celui-ci est constitué par cet acte *procurator in rem suam*.

49. La seule remise des pièces à l'avoué, que l'on charge de former demande contre le débiteur, n'emporte pas le pouvoir de recevoir le paiement de la dette : *Litis procuratori non rectè solvitur : nam et absurdum est cui judicati actio non datur, ei antè rem judicatam solvi posse*. L. 86, ff. *de solut.* On ne pourrait lui payer avec sûreté même après le jugement. *Voy*. Pothier, nº 513.

50. Quant à l'huissier, la remise qui lui est faite du titre en forme exécutoire (c'est-à-dire de la grosse, ou de l'expédition du jugement), vaut pouvoir de recevoir le paiement de la dette contenue au titre. Pothier le décide bien ainsi, mais il dit : « Le titre exécutoire dont est porteur le sergent « *qui va de la part du créancier pour le mettre* « *à exécution*, équipolle à un pouvoir. « Toutefois ces mots, *qui va le mettre à exécution*, ne doivent pas être pris dans un sens restrictif; nous

ne croyons même pas que Pothier les ait employés en ce sens. Le paiement fait à l'huissier au moment où il fait le commandement, qui doit précéder la saisie, serait également valable : car en faisant faire ce commandement, le créancier entend par cela même que le débiteur y obtempère de suite, et la raison veut aussi que celui-ci puisse éviter les frais et l'éclat de la saisie ; or, s'il ne pouvait payer valablement à l'huissier au moment du commandement, il lui serait impossible d'éviter ces frais autrement qu'en faisant des offres dans le délai qui doit s'écouler entre le commandement et la saisie (délai qui n'est que d'un jour lorsqu'il s'agit de saisie mobilière), ou bien il serait obligé d'attendre chez lui l'arrivée de l'huissier, quand celui-ci viendrait saisir, moment que le débiteur ignore complètement ; et c'est ce qui n'a pu entrer dans la pensée du législateur. Par la même raison, le paiement fait à l'huissier dans l'intervalle qui sépare le commandement et la saisie, est valable, pourvu, bien entendu, que cet officier ministériel soit encore chargé du titre au moment où le paiement lui est fait. Et il faut décider la même chose quant au paiement fait après la saisie et avant la vente des objets saisis : car l'office de l'huissier durant toujours, le débiteur doit pouvoir arrêter le cours des poursuites en payant à celui auquel il a pu valablement payer au moment de la saisie et au moment du commandement, dont l'effet subsiste encore.

Mais si le titre remis à l'huissier n'était pas en

forme exécutoire, par exemple si c'était un billet à lui remis pour donner assignation au débiteur, le paiement, selon nous, ne lui serait pas valablement fait tant qu'il n'aurait pas l'expédition en forme d'un jugement de condamnation. Vainement le débiteur argumenterait de la disposition de l'art. 1240, suivant lequel le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé; car cette disposition ne s'applique qu'au cas où le débiteur n'a commis aucune imprudence et a dû croire que le possesseur du titre était réellement le maître de la créance, ce qu'il n'a cru ni dû croire dans l'espèce. Toutefois Denizart, au mot *paiement*, cite un arrêt du parlement de Rouen, du 8 août 1749, qui a jugé qu'un huissier porteur d'un billet, même non enregistré, avait pu valablement en recevoir le montant, encore qu'il n'eût pas d'ordre écrit à cet effet. Mais tel n'est pas notre avis.

51. On a souvent agité la question de savoir si le pouvoir de vendre ou de louer renferme tacitement celui de recevoir le prix de la vente ou du louage. Barthole et plusieurs autres, notamment Fachin, ont soutenu l'affirmative. Wissembach était d'un sentiment opposé, et Pothier s'est rangé à l'avis de ce dernier, toutefois en le modifiant en raison des circonstances du fait: comme, dit-il, lorsqu'on a remis à une revendeuse des objets pour les vendre; dans ce cas le pouvoir de vendre renferme celui de

recevoir le prix de la vente. Mais, en principe, cet auteur s'est attaché au sentiment de Wissembach, et il cite, à l'appui, la loi 12, § 1, ff. *de exercit. act.*, dans laquelle Ulpien dit que le préposé à un navire pour faire avec les passagers le marché de leur passage, n'a pas le pouvoir d'en recevoir le prix. Cette décision d'Ulpien ne serait toutefois suivie dans notre droit, qu'autant que, à raison d'un usage constant et notoire de l'entreprise, ou par un avis public, les voyageurs n'auraient pu être induits en erreur sur l'étendue du pouvoir donné au préposé; et ordinairement il s'étend aussi à recevoir le prix du louage.

Quant à l'exception apportée par Pothier dans les ventes, elle doit incontestablement, dans notre droit, où, en fait de meubles, la possession vaut titre, être étendue à tous les cas de vente de meubles mis en la possession du mandataire, soit que celui-ci ait vendu en son nom, comme font les agens de change dans les négociations d'effets publics, et la plupart du temps les courtiers et les commissionnaires (1), soit qu'il ait vendu au nom du mandant.

---

(1) Les commissionnaires agissent en leur propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant, ou bien ils agissent au nom du commettant, et dans ce cas leurs devoirs et leurs droits sont déterminés par le Code civil, au titre *du Mandat*. (Art. 91 et 92, Code de comm.)

Dans le premier cas aussi, leurs devoirs et leurs droits par rapport au commettant sont déterminés par les principes du mandat. C'est le mandat des Romains, d'après les principes du droit civil. Dans ces principes, le mandataire traitait pour lui, sauf à rendre compte au mandant, et c'était lui, et non le mandant, qui agissait contre le tiers,

M. Toullier fait, quant à la question en général, une distinction que nous ne saurions adopter dans toute son étendue. » Si, dit-il (tom. VII, n° 23), le « pouvoir de vendre porte celui *de donner un terme* « *pour le paiement*, il nous paraît évident qu'il ne « renferme point celui de recevoir; car alors vendre « et recevoir le prix de la vente sont deux actes sépa- « rés, qui doivent être faits dans des temps différens. »

« Ainsi, le pouvoir de louer une maison, d'af- « fermer une terre, ne contient point le pouvoir « de recevoir les loyers ou les fermages. La loi 1, « § 12, ff. *de exercit. actione*, citée par Pothier, fa- « vorise cette distinction (1). »

---

parce que l'on ne pouvait acquérir une action par le contrat d'une personne dont on n'était point l'héritier, ou qu'on n'avait point sous sa puissance. L. 11, ff. *de oblig. et act.* Le mandant n'aurait pu agir contre le tiers qu'au moyen de la cession des actions du mandataire; et, *vice versâ*, le tiers n'aurait pu agir contre le mandant qu'au moyen aussi de la cession des actions du mandataire. Tandis que dans le droit français, le mandataire qui a traité en cette qualité, et qui a donné suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est point personnellement obligé envers celui avec lequel il a traité; comme, *vice versâ*, il n'a point personnellement d'action contre lui à raison du contrat; il n'est, en un mot, qu'un instrument.

Du reste, d'après le droit prétorien, et depuis l'introduction des actions *exercitoire et institoire*, le mandant pouvait, dans beaucoup de cas du moins, agir contre le tiers sans avoir besoin de la cession des actions du mandataire, et *vice versâ*, le tiers pouvait agir contre le mandant sans avoir besoin de cette cession : ils agissaient, l'un et l'autre, *ad exemplum institoriæ actionis*, comme le dit la loi 13, § 25, ff. *de actionibus empti et venditi.* Telle est la décision de Papinien, rapportée et adoptée par Ulpien dans cette loi.

(1) Pour que cette loi favorisât cette distinction, il faudrait admettre que l'usage, à Rome, était, comme chez nous, de payer le prix du passage, non pas au départ, mais à l'arrivée, ce qui eût été une

« Mais si le pouvoir de vendre ne renferme point « celui de faire crédit ou de donner un terme, le « mandataire est alors obligé de vendre *argent* « *comptant*, et dans ce cas, le pouvoir de vendre « renferme nécessairement celui de recevoir le prix « et d'en donner quittance. Ainsi, les personnes « chargées de vendre publiquement et à l'encan, « ont nécessairement le pouvoir de recevoir le prix « de la vente; car ils doivent vendre *argent comp-* « *tant*, et s'ils font crédit à quelques acheteurs-adju- « dicataires, ils répondent des insolvabilités. Ainsi « encore, les vendeurs à la toilette, qui portent des « effets à vendre dans les maisons particulières, ont « tacitement le pouvoir d'en recevoir le prix. »

Nous ferons d'abord observer que le pouvoir de vendre, sans aucune explication, n'oblige pas nécessairement le mandataire à ne vendre qu'au comptant, ainsi que le dit M. Toullier, sauf, bien entendu, les cas de ventes de meubles faites à l'encan. Car, l'intérêt du mandant peut exiger souvent que l'on fasse terme à l'acheteur, et il y en a un d'usage dans la plupart des ventes de marchandises, faites de marchand à marchand, et même dans les fournitures en gros faites aux particuliers.

---

sorte de terme : tandis qu'au contraire, Montaigne, dans *ses Essais*, Liv. 1, chap. 49, *des coutumes anciennes*, dit : « Les Romains payaient « ce qui était dû aux bateliers pour leur noléage (leur nolis ou prix « du passage) dès l'entrée du bateau, ce que nous faisons après être « rendus à port. » Ce qui est confirmé par ce passage d'Horace, sat. V, vers. 13 :

Dùm æs exigitur, dùm mula ligatur, tota abit hora...

En second lieu, de ce que le mandat porterait *pouvoir de vendre à terme*, il ne s'ensuivrait pas que la vente ne dût être faite que de cette manière, si le mandat ne le disait pas: le pouvoir de vendre à terme doit être entendu en ce sens que le mandataire pourra vendre à terme, pour le plus grand avantage du mandant, suivant les circonstances; mais il n'exclut pas le pouvoir de vendre au comptant, si l'occasion s'en présente. D'après cela, même suivant M. Toullier, le mandataire aurait pouvoir de recevoir le prix de la vente qui serait faite au comptant; tandis que cet auteur décide le contraire lorsque le mandat porte simplement le pouvoir de vendre à terme. Il confond ainsi mal à propos le pouvoir de donner un terme, avec le pouvoir de ne vendre qu'à crédit, ce qui est cependant bien différent. Aussi, dans le cas où il s'agirait du mandat de vendre des choses mobilières, l'on ne devrait admettre sa décision qu'autant que le pouvoir porterait positivement que le mandataire devra vendre à tel ou tel terme, ou aux termes d'usage; alors on pourrait dire avec cet auteur qu'il y a deux actes, et que le mandataire n'a reçu le pouvoir que de faire la vente seulement, s'il n'y avait d'ailleurs rien de plus dans le mandat.

Mais si le mandat ne dit pas que le mandataire devra vendre à terme, et qu'il s'agisse de choses mobilières, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait recevoir le prix de la vente, quand bien même il aurait accordé terme à l'acheteur; car, puisqu'il

eût pu le recevoir lors de la vente, en vendant au comptant, son pouvoir à l'effet de le recevoir plus tard s'est continué tant qu'il n'a pas été révoqué.

Cependant, quant au simple mandat de vendre des immeubles, nous croyons devoir décider différemment : nous pensons qu'à moins que le pouvoir ne porte positivement de vendre au comptant, il ne renferme pas celui de recevoir le prix, lors même que la vente serait faite sans terme. Il y a sous ce rapport une différence sensible entre le pouvoir de vendre des immeubles, et celui de vendre des choses mobilières : la personne qui confie la disposition d'effet mobilier à un mandataire, et naturellement présumée avoir placé en lui sa confiance, pour qu'il en reçoive aussi le prix; tandis qu'à l'égard des immeubles, le mandat de les vendre n'est que la commission de faire un acte, et cela ne suppose pas, quant à la réception du prix, la même confiance dans le mandataire de la part du mandant.

Du reste, nous pensons bien avec M. Toullier que le simple mandat de louer une maison ou d'affermer une terre, ne renferme pas celui de recevoir les loyers et les fermages, sauf ce qui a été dit plus haut sur le cas d'un mandat général d'administration des affaires du mandant, et sauf aussi le cas du mandat de gestion de la chose affermée ou louée : et même hors ces cas, le mandat renfermerait le pouvoir de recevoir le pot de vin payé par le fermier ou le locataire, ainsi que le terme d'avance qui serait payé en vertu d'une convention ou de

l'usage, comme cela a presque toujours lieu à Paris dans les locations de boutiques ou de magasins.

52. Le paiement fait à celui qui n'avait pas pouvoir suffisant du créancier pour le recevoir, devient au surplus valable, si celui-ci le ratifie (1), ou s'il en a profité. (Art. 1239.)

Une ratification tacite suffit même pour valider le paiement, par exemple si le créancier a intenté contre celui qui l'a reçu, l'action de gestion d'affaires, à raison de ce même paiement, encore que la demande ait été sans résultat pour une cause ou pour une autre, *putà*, à cause de son insolvabilité. Si celui qui a reçu mal à propos le paiement est devenu héritier du créancier, il est clair qu'il ne peut en demander au débiteur un nouveau, puisqu'il serait tenu de lui restituer celui qui lui a été fait. Si c'est au contraire le créancier qui a succédé à la personne qui a reçu mal à propos le paiement, ce paiement est validé dans la proportion de la part héréditaire du créancier, s'il a accepté la succession purement et simplement, parce qu'alors il en a profité ou est censé en avoir profité dans cette proportion, lors même que la succession serait très mauvaise. Mais s'il ne s'est porté héritier que sous bénéfice d'inventaire, le paiement n'est ratifié que jusqu'à concurrence de son émolument dans l'hérédité.

---

(1) *Rati enim habitio mandato comparatur.* L. 12, § 4, ff. *de solut.*

Le paiement fait à un substitué pendant que l'institué délibère s'il acceptera la succession, est pareillement ratifié si ce dernier renonce à l'hérédité et si le substitué l'accepte. L. 96, § 4, ff. *de solut.*

53. Jusqu'ici nous avons parlé du paiement fait au mandataire du créancier, mais quelquefois un tiers est indiqué par la convention elle-même pour le recevoir, et ce cas diffère de celui où c'est un mandataire, en ce que, dans ce dernier, le créancier peut révoquer le mandat quand bon lui semble, et empêcher ainsi que le paiement ne soit fait au mandataire; au lieu que lorsque le tiers a été indiqué par la convention, comme cette indication fait une partie intégrante du contrat, le débiteur, en thèse générale, peut payer au tiers indiqué, nonobstant l'opposition du créancier. C'est une règle qui n'est sujette qu'à peu d'exceptions; nous les expliquerons bientôt.

Le tiers indiqué par la convention pour recevoir le paiement s'appelle en droit *adjectus solutionis gratiâ.* Lorsqu'il a reçu le paiement, il est tenu d'en faire compte au créancier, qui a contre lui l'action de mandat, même dans le cas où le tiers n'a point été présent à la convention, car, en recevant le paiement, il accepte par cela même le mandat à l'effet de le recevoir. Toutefois, il arrive souvent que le tiers indiqué est un créancier du créancier, au profit duquel celui-ci fait une délégation: comme lorsqu'un vendeur convient avec l'acheteur que ce

dernier paiera le prix de la vente aux créanciers ayant hypothèque ou privilége sur la chose vendue; alors le paiement fait à ces créanciers tourne à la décharge du vendeur, et l'acheteur aussi se trouve libéré. Quelquefois aussi c'est une personne à laquelle le créancier veut faire une libéralité, dont l'exécution, comme don manuel, est très valable, encore qu'il n'y ait par d'acte de donation en forme. Ce cas rentre dans un de ceux prévus par l'art. 1121. D'autres fois c'est un crédit que le créancier veut ouvrir à un tiers; enfin quelquefois aussi l'indication du tiers pour recevoir le paiement est faite dans l'intérêt même du débiteur, dans la vue que celui-ci puisse éteindre la dette avec lui par tel ou tel moyen, comme la compensation, dans l'hypothèse où il serait créancier du tiers, la novation, la remise de la dette; mais alors l'indication a les caractères de la délégation de la *créance*, et vaut cession dès quelle est acceptée par le tiers.

Du reste, lorsqu'elle n'est faite ni dans l'intérêt du tiers, ni dans celui du créancier, mais seulement dans celui du débiteur, ce dernier, au lieu de payer au tiers, peut payer au créancier lui-même, et lui faire des offres, s'il se refuse à recevoir.

Et suivant ce que nous avons dit à l'égard du mandataire, il n'est pas nécessaire non plus que le tiers indiqué soit capable de recevoir le paiement pour lui-même, lorsque ce n'est point dans son intérêt qu'il a été indiqué pour le recevoir: il suffit que le créancier soit capable de faire l'indica-

tion; c'est sa faute d'avoir choisi un incapable, ou d'avoir consenti à ce que le débiteur l'indiquât à cet effet. L. 95, § 6, ff. *de solut.* Et il n'aura néanmoins action contre le tiers que d'après les règles qui régissent sa capacité.

On peut indiquer un tiers, non seulement pour recevoir la même chose que celle que le débiteur a promis de payer au créancier, mais encore pour recevoir une chose différente: comme lorsque je conviens avec un individu qu'il pourra faire paître ses bestiaux dans mes bois, à la charge de me payer la somme de cent francs, ou bien de fournir à mon colon quarante journées de travail. C'est une obligation alternative. L. 34, § 2, L. 98, § 6, ff. *de solut.*, et L. 141, § 5, ff. *de verb. oblig.*

Et la somme à payer au tiers peut être moindre que celle que le débiteur s'oblige à payer au créancier. Le jurisconsulte Paul, dans la loi 98, § 5, ff. *de solut.*, agite la question de savoir si, dans ce cas, le paiement fait au tiers libère entièrement le débiteur, et il dit, avec raison, qu'il faut s'attacher à l'intention des parties; que si, par exemple, j'ai stipulé de vous que vous me paierez la somme de dix francs ou que vous en paierez cinq à Titius, et que cela ait été convenu expressément comme clause pénale, comme s'il avait été dit: *Promettez-vous de me payer dix au cas où vous ne compterez pas cinq à Titius tel jour?* alors le paiement de cinq fait à Titius vous libère entièrement; car les dix ne m'étaient promis que sous une condition

qui est venue à manquer; mais que si la promesse a été faite simplement de me payer dix ou de payer cinq à Titius, le paiement des cinq à Titius ne vous libère que pour cette somme. Si, en sens inverse, j'ai stipulé que vous me paierez cinq, ou dix à Titius, le jurisconsulte décide que si vous avez payé seulement cinq à Titius, vous n'êtes nullement libéré à mon égard; et si vous lui aviez payé les dix convenus, vous ne pourriez pas répéter de moi les cinq payés en sus de ceux que j'avais stipulés pour moi, car les dix reçus par Titius me seraient dus par lui à raison du mandat que je lui avais donné pour les recevoir; en sorte qu'il ne serait pas vrai de dire que j'aurais reçu quelque chose indûment, par conséquent je n'aurais rien à restituer.

L'indication peut aussi se faire pour un temps ou pour un lieu différent du temps et du lieu où la chose serait payable au créancier : par exemple, je m'oblige à vous payer telle somme à Lyon, au premier septembre prochain, ou bien à Paul à Bordeaux, au premier octobre. Le jour du terme pour payer au tiers peut même être plus rapproché que celui fixé pour payer au créancier : par exemple, promettez-vous de me payer cent francs au premier septembre prochain, ou de payer cent francs à Paul au premier août? C'est comme s'il avait été dit : au cas où vous ne paierez pas cent fr. à Paul au premier août prochain, promettez-vous de me les payer au premier septembre? *Voy.* sur ces cas les L. 98, § 4; L. 6, ff. *de solut.*, et L. 141, § 6, ff. *de verb. oblig.*

On peut pareillement faire dépendre l'indication d'une condition, quoique l'obligation soit pure et simple. *Dictâ lege* 98, § 4, ff. *de solut.* Mais si l'obligation elle-même était conditionnelle, l'indication, quoiqu'elle fût pure et simple dans les termes, serait aussi conditionnelle au fond; elle dépendrait nécessairement de l'événement dont on aurait fait dépendre l'obligation; car il n'y a lieu à paiement que lorsqu'il y a dette; or, il n'en existe point encore tant que la condition n'est pas accomplie; jusque là il n'y a qu'une simple espérance, *tantùm spes debitum iri.* L. 141, *de verb. oblig.* précitée, § 7. Il en serait de même si l'indication était faite sous une autre condition que celle dont dépendrait l'obligation.

Le paiement peut non seulement être fait au tiers par le débiteur, mais encore par une autre personne. L. 59, ff. *de solut.* Les héritiers du débiteur peuvent donc payer au tiers, encore qu'ils eussent passé titre nouvel au créancier sans renouveler la mention de l'indication; car on n'est pas présumé déroger au titre primordial.

Mais, en sens inverse, on ne peut, en général, payer au représentant du tiers indiqué : L. 55, ff. *de verb. oblig.*; L. 81, ff. *de solut.*; ni par conséquent à ses créanciers, lesquels, d'après cela, n'ont pas le droit de saisir la somme ou la chose due entre les mains du débiteur.

Cette décision souffre toutefois exception lorsque l'indication a été particulièrement faite dans

l'intérêt du débiteur, de manière qu'il pût se libérer avec le tiers d'après un mode quelconque, par exemple, par voie de compensation, dans le cas où celui-ci se trouverait être son débiteur : alors il pourrait payer aux héritiers du tiers, et compenser avec eux, sauf au créancier à se faire faire raison par eux, s'il y avait lieu. Elle souffre aussi exception lorsque l'indication a été faite dans l'intérêt du tiers lui-même, qui doit recevoir pour son propre compte la somme ou la chose due : comme dans le cas où le créancier lui en a fait don, ou qu'étant son débiteur, il lui assigne la créance en paiement, même hors le cas de cession proprement dite : alors, non seulement le paiement peut être fait aux héritiers du tiers décédé, mais encore il doit l'être ; et ses créanciers, comme exerçant ses droits (art. 1166), peuvent saisir-arrêter la somme due entre les mains du débiteur, pourvu, s'il s'agit d'un don, que le tiers l'ait accepté avant que le stipulant l'ait révoqué. (Art. 1121).

Nous avons dit que le débiteur peut, en thèse générale, payer au tiers indiqué, malgré le créancier ; nous avons par là fait entendre qu'il y a des exceptions. Il y en a effectivement plusieurs.

1° Lorsque l'indication a été faite après coup, et qu'elle n'est pas l'effet d'une convention particulière entre le créancier et le débiteur, mais un simple mandat de payer donné à celui-ci : alors, comme tout mandat, elle peut être révoquée.

2° Même dans le cas où elle a été faite par le

contrat, si le tiers indiqué est tombé dans un cas où il n'est pas vraisemblable que le créancier eût voulu que le paiement lui fût fait, s'il eût pensé à cette circonstance : comme lorsque le tiers est tombé depuis le contrat en état de faillite ou de déconfiture, ou d'interdiction ou de mort civile, ou, si c'est une fille ou une veuve, qu'elle se soit mariée depuis : dans ces cas, le créancier peut s'opposer à ce que le paiement soit fait au tiers, parce qu'il n'a plus avec les mêmes sûretés l'action de mandat contre lui pour répéter la chose payée. L. 38, ff. *princip. de solut.* Et il en serait de même quoique le tiers fût déja en état d'incapacité au moment du contrat, si le créancier ignorait cette circonstance : mais s'il en avait connaissance, le débiteur pourrait, malgré lui, payer au tiers. L. 95, § 6, ff. *de solut.*

Si l'indication avait été faite dans l'intérêt du tiers, ainsi que nous venons d'en donner des exemples, son changement d'état survenu depuis le contrat n'autoriserait pas le créancier à exiger que le paiement lui fût fait à lui-même ; seulement le débiteur ne pourrait payer valablement qu'à l'administrateur des biens du tiers.

3° Lors même que le tiers n'a point changé d'état et que l'indication a été faite par le contrat, si cependant il est de l'intérêt évident du créancier que le paiement ne soit pas fait au tiers, parce qu'il est survenu des inimitiés entre eux, ou parce que le premier qui était débiteur du second au

moment du contrat, s'est libéré envers lui, alors le créancier peut s'opposer à ce que le paiement lui soit fait, pourvu que le débiteur n'eût pas lui-même intérêt à payer au tiers ; car s'il ne se refusait à payer au créancier que par malice et obstination, les tribunaux déclareraient valide l'opposition du créancier, *quia malitiis non est indulgendum.* C'est aussi l'opinion de Pothier.

Dans le droit romain, la faculté de payer au tiers indiqué cessait lorsque, sur la demande du créancier, il était intervenu contestation en cause. L. 57, § 1, ff. *de solut.* Cela tenait à ce que la litis-contestation opérait une sorte de novation de la dette; mais cette novation n'a pas lieu, dans notre droit, ainsi que l'observe Pothier.

Le paiement d'une partie de la dette fait au créancier n'enlève pas au débiteur la faculté de payer le surplus au tiers indiqué. L. 71, ff. *de solut.*

Lorsqu'il n'y a qu'une simple indication de paiement, le débiteur ne peut faire novation avec le tiers, ni celui-ci lui faire remise de la dette, attendu que ce tiers n'est pas pour cela créancier, mais seulement préposé pour recevoir le paiement. L. 10, ff. *de solut.;* L. 27, *princip.*, ff. *de pactis;* L. 7, § 1, ff. *de constit. pecun.*

Le débiteur, dans ces cas de simple indication, ne peut non plus se libérer avec le tiers par voie de compensation, bien que la compensation soit considérée comme un paiement, car elle n'est considérée comme paiement qu'entre le créancier et le

débiteur. Quant au tiers indiqué, *tantùm ei solvi potest. Dictâ lege* 10, ff. *de solut.*

Et règle générale, le tiers ne peut non plus poursuivre le débiteur, ni même en recevoir une caution ou des gages. L. 23, ff. *de fidejuss. et mand.* et L. 33, ff. *de pignorib.* Ce serait agir ou stipuler pour autrui; ce qui ne peut avoir lieu, de droit commun, qu'en vertu d'un mandat.

Mais lorsque l'indication du tiers a été faite dans la vue que le débiteur pourrait se libérer de toute manière avec lui, et que l'intention des parties à cet égard n'est point douteuse, ou lorsqu'elle a eu lieu dans l'intérêt même du tiers, parce que c'est un don de tout ou partie de la dette que lui a fait le stipulant, ou une assignation de la créance pour se libérer lui-même envers lui, dans le cas où il serait son débiteur; alors la novation, la remise de la dette et la compensation pourraient très bien s'opérer entre le débiteur et le tiers, parce qu'elles s'opéreraient réellement entre le débiteur et le créancier. Le tiers pourrait aussi poursuivre le paiement de la dette.

Et il faut remarquer que, même dans le cas où ce serait un don fait au tiers, celui-ci, en faisant l'un des actes ci-dessus, accepterait suffisamment la stipulation faite à son profit, attendu que l'article 1121 n'exige pas une acceptation expresse, ni par acte authentique, en sorte qu'après cette acceptation tacite, le créancier ne pourrait pas révoquer la stipulation.

Quand il n'y a qu'une simple indication de paiement, quoique le débiteur ne puisse faire novation de la dette avec le tiers, ni se faire faire remise par lui, ni compenser avec lui, il peut néanmoins lui faire des offres de paiement, puisqu'on peut toujours faire des offres réelles à celui à qui on peut payer valablement; mais la validité des offres devrait être jugée avec le créancier, attendu que le tiers n'a qualité que pour recevoir le paiement. Il en serait même ainsi dans le cas où le tiers aurait un mandat spécial pour recevoir, si ce mandat ne portait aussi pouvoir de défendre à la poursuite en validité d'offres; et le mandataire ne pourrait poursuivre le débiteur en paiement, si le mandat n'en contenait aussi le pouvoir. Au surplus, si l'indication n'est pas simplement pour recevoir le paiement, si elle emporte assignation, au profit du tiers, de la créance elle-même, par don, délégation ou autrement, c'est même avec lui que la validité ou la nullité des offres doit être jugée.

54. Quant aux personnes désignées par la loi pour recevoir pour le créancier, il faut mettre en première ligne les tuteurs, qui reçoivent pour les mineurs et les interdits placés sous leur tutelle, et qui donnent valable décharge aux débiteurs (art. 450, 509 et 1239 combinés), lors même que ces tuteurs seraient alors insolvables.

Mais la seule raison de proximité de la parenté ne suffit pas pour autoriser à recevoir le paiement,

quand même ce serait le père ou la mère si, par quelque cause, ils n'étaient point chargés de la tutelle.

Et comme le subrogé-tuteur ne remplace point de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle devient vacante, ou qu'elle est abandonnée par l'absence de celui qui l'exerce; qu'il y a seulement devoir pour lui de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur (art. 424), il s'ensuit que le paiement ne peut non plus lui être fait valablement.

Et si, dans ces cas, un débiteur du mineur veut se libérer, il faut distinguer : si la tutelle est devenue vacante, le débiteur doit faire faire sommation au subrogé-tuteur pour qu'il fasse procéder aussitôt à cette nomination. Si ce dernier n'y obtempère pas, le débiteur peut l'assigner devant le tribunal, et s'il fait défaut, ou conteste, demander à être autorisé à déposer à la caisse des consignations la somme ou la chose due, et à notifier au subrogé-tuteur lui-même l'acte de dépôt, pour la régularité des offres, le tout aux frais de ce dernier. Car le débiteur doit pouvoir se libérer et arrêter le cours des intérêts. Si la tutelle est seulement abandonnée par l'absence du tuteur, le débiteur peut procéder comme il vient d'être dit, ou bien faire des offres en la personne même du tuteur, en faisant les actes à son dernier domicile connu; et le subrogé-tuteur serait également res-

ponsable envers le mineur des frais légitimement faits par le débiteur.

Le paiement fait au protuteur, d'une créance qui n'entre point dans son administration, ou celui fait au tuteur, d'une créance qui fait partie de l'administration du protuteur, n'est pas valable, s'il n'a tourné au profit du mineur, ou si celui-ci ne l'a ratifié, attendu que la gestion du tuteur et celle du protuteur sont tout-à-fait indépendantes l'une de l'autre (art. 417 et L. 100, ff. *de solut*).

Suivant la loi 14, § 1, ff. *de solut.*, le paiement fait au tuteur honoraire est valable, à moins que l'administration de la tutelle ne lui eût été spécialement interdite par le Prêteur; car, dit Ulpien dans cette loi, la responsabilité de la tutelle pèse aussi sur les tuteurs honoraires, *nam et ad hos periculum pertinet.* Mais dans notre droit, un tuteur honoraire, et il est très rare qu'il y en ait, n'aurait pas qualité pour recevoir les paiemens, à moins que, nommé par un testateur, celui-ci ne lui eût spécialement attribué qualité pour les recevoir dans certains cas, et que celui qui lui serait fait n'eût lieu dans l'un de ces mêmes cas. Alors le mineur aurait aussi hypothèque sur les biens du tuteur honoraire.

Le paiement, quoique fait à un tuteur irrégulièrement nommé, n'en est pas moins valable, lorsqu'il a eu lieu de bonne foi. Il en doit être de ce cas comme de celui où le paiement a été fait de bonne foi à celui qui était en possession de la créance,

lequel n'est pas moins valable, encore que le possesseur soit par la suite évincé de cette créance. (Art. 1240).

La loi *Barbarius Philippus*, 3, ff. *de officio prætorum*, fournit un puissant argument en faveur de cette décision, que nous avons déja donnée au titre de la tutelle, tome III, n° 479.

Il en est de même du paiement fait de bonne foi au tuteur dont la destitution se trouvait alors provoquée, L. 14, § 1, ff. *de solut.*, et de celui fait également de bonne foi au tuteur qui était sous le coup d'une accusation capitale, et qui continuait d'administrer la tutelle. L. 45, § 1, *eodem tit.*

Mais suivant le § 2 de la loi 14 ci-dessus citée, le paiement fait à celui qui se trouvait alors exclu ou destitué de la tutelle n'est pas valable; le jurisconsulte ne distingue pas, dans ce cas, si le débiteur a payé *boná fide, aut sciens*. Et en effet, lorsque la tutelle est finie, l'ex-tuteur n'a plus qualité pour recevoir. Cependant cette décision nous paraît souffrir quelque difficulté; car si, suivant cette loi, le paiement, quoique fait de bonne foi, n'est pas valable, lorsqu'il a été fait à celui que le débiteur croyait encore tuteur et qui ne l'était plus, parce que la tutelle avait pris fin par une cause quelconque, il faudrait par cela même décider que si le mineur était venu à mourir, le paiement fait au tuteur depuis cet événement ne serait pas non plus valable, quoique le tuteur l'ignorât lui-même, ainsi que le débiteur, le mineur étant mort, par

exemple, dans une ville éloignée où il avait été placé en pension, et la nouvelle de sa mort n'étant point encore parvenue au lieu où le paiement a été fait; mais une telle décision paraîtrait bien rigoureuse. Les tiers débiteurs n'ont pas non plus toujours les moyens de savoir au juste l'âge du mineur ou des mineurs placés sous la même tutelle : beaucoup peuvent donc avoir payé de bonne foi au tuteur depuis le moment où les mineurs, ou l'un d'eux, ont atteint leur majorité. Le paiement fait au mandataire dont les pouvoirs ont été révoqués par une cause quelconque, mais dans l'ignorance où était alors le débiteur, de la révocation du mandat, est valable, d'après une foule de textes du droit romain (1), et d'après le Code civil lui-même (art. 2009); or, qu'est-ce qu'un tuteur, si ce n'est un mandataire choisi par la loi ou en vertu de ses dispositions? De plus, nous avons dit plus haut que le paiement fait de bonne foi au mandataire choisi par le tuteur, depuis la cessation du pouvoir de ce dernier, est valable par application de l'art. 2009. D'après cela, comment le paiement fait à celui-là même qui aurait donné ce pouvoir, maintenant révoqué, ne serait-il pas également valable? Et si l'art. 2040 maintient le paiement fait de bonne foi à celui qui était en possession de la créance, et qui en a été ensuite évincé, pourquoi ne maintiendrait-on pas également, par analogie, le paiement fait à celui que le

(1) LL. 12, § 2; 34, § 3; et § 51, ff. *de solut.*

débiteur avait de justes raisons de croire avoir encore qualité pour le recevoir? L'article 419 veut même que les héritiers majeurs du tuteur soient tenus *de continuer la gestion de tutelle* jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur, quoique la tutelle soit une charge personnelle; d'où l'on doit conclure que les paiemens qui leur sont faits sont valables; or, la raison est la même quant à ceux qui sont faits de bonne foi au tuteur dont le pouvoir avait cessé. Sans doute, l'intérêt des mineurs est très digne de faveur, mais celui des débiteurs qui ont payé de bonne foi, et que l'on veut faire payer derechef, ne l'est pas moins. Aussi, tout considéré, c'est l'opinion à laquelle nous nous arrêtons, réformant en cela la décision que nous avions émise d'une manière trop générale dans notre *Traité des contrats*, tome III, nº 743. Les paiemens faits de bonne foi au tuteur, avant que les comptes aient été rendus, sont donc valables, sans que ceux qui les ont faits soient tenus de justifier que le mineur en a profité, surtout lorsque la tutelle a pris fin par une de ces causes que les débiteurs ne pouvaient facilement prévoir.

55. L'art. 126 du Code de procédure suppose bien, il est vrai, que les curateurs peuvent avoir à rendre des comptes, et par conséquent qu'ils peuvent recevoir pour ceux qui sont placés sous leur surveillance, puisqu'il autorise les juges à prononcer la contrainte par corps pour reliquats de

comptes de tutelle, *curatelle*, etc.; et cependant aucune disposition du Code civil ne donne aux curateurs des mineurs émancipés l'administration des biens de ceux-ci, ni par conséquent le pouvoir de recevoir pour eux : seulement, le paiement des capitaux n'est valablement fait à un mineur émancipé non commerçant, qu'autant que celui-ci est assisté de son curateur, qui doit en surveiller l'emploi (art. 482) : d'où il suit que les curateurs n'ont pas qualité pour recevoir des paiemens pour les mineurs placés sous leur curatelle, ainsi qu'ils l'avaient généralement dans le droit romain (1), suivi en ce point dans notre ancienne jurisprudence (2). Leurs fonctions aujourd'hui se bornent à assister les mineurs dans les actes que ceux-ci ont la capacité de faire avec cette assistance, et à surveiller l'emploi des paiemens de capitaux faits à ces mêmes mineurs. Aussi, ces derniers n'ont-ils point d'hypothèque sur leurs biens, comme les mineurs non émancipés en ont une sur ceux de leur tuteur. Et quant à la disposition de l'art. 126 du Code de procédure précitée, elle peut fort bien s'expliquer sans même supposer que c'est un vestige de l'ancien droit, ni sans avoir besoin de dire non plus

(1) L. 7, § 2, ff. *de minorib.*; L. 14, § 7, et L. 49, ff. *de solut.* *Voyez* toutefois les conditions que Justinien avait mises aux paiemens faits aux tuteurs ou aux curateurs pour être parfaitement valables, par sa constitution, qui est la loi *sancimus*, 25, au Code, *de administ. tutor.* et dont il fait mention dans ses *Institutes*, *tit. quib. alien. licet vel non*, § 3.

(2) Rousseau de La Combe, v° *paiement* n° 6.

que dans les premières éditions du Code civil, l'art. 108 portait que le majeur interdit aura son domicile chez son *curateur*, dénomination qui, même dans ces éditions, a toutefois été remplacée dans l'art. 505, par celle de *tuteur*. Mais on peut dire que d'après le Code criminel de brumaire an IV, encore en vigueur lors de la publication du Code de procédure civile, les condamnés aux fers étaient, pendant la durée de la peine, en état d'interdiction légale, comme sous le Code pénal de 1810, et il leur était pareillement nommé un *curateur* pour gérer et administrer leurs biens; d'où il suit qu'il y avait des comptes de *curatelle* à rendre. De plus, il peut arriver encore aujourd'hui que, de fait, des curateurs de mineurs émancipés aient touché pour ceux-ci, et alors ils ont également à rendre compte.

56. Quant aux curateurs à succession vacante, ils n'ont pas qualité pour recevoir les paiemens et donner décharge; ils administrent seulement sous la charge de *faire verser* le numéraire à la caisse des consignations (art. 813). C'est le receveur de cette caisse qui donne le reçu du versement, et le curateur y met son *visa* (1).

57. Les maris, dans les cas exprimés par la loi, et que nous avons expliqués plus haut, sont aussi, quant aux créances de leur femme, au nombre des

---

(1) *Voyez* tome VIII, n° 69.

personnes qui, d'après l'art. 1239, sont autorisées par la loi à recevoir pour le créancier. Il est inutile d'entrer dans de nouveaux détails à cet égard.

Les envoyés en possession, même provisoire, des biens d'un absent, reçoivent valablement le paiement de ce qui était dû à l'absent; car ils administrent ses biens, et sont comptables envers lui en cas qu'il reparaisse ou donne de ses nouvelles (article 125); et c'est même contre eux seulement que les créanciers de l'absent ou autres personnes ayant des droits à exercer contre lui, peuvent les exercer (art. 134): par la même raison, les envoyés en possession peuvent-ils poursuivre les débiteurs, et leur donner valable décharge.

Si un paiement était fait à celui qui a ensuite obtenu l'envoi en possession des biens de l'absent, il se trouverait ratifié par cet envoi; ce serait comme si celui qui l'a reçu l'avait restitué au débiteur, et que ce dernier l'eût fait derechef à la même personne depuis qu'elle a été envoyée en possession des biens de l'absent.

Si un débiteur de l'absent, des biens duquel l'envoi en possession provisoire n'a pas encore été prononcé, et à l'administration des biens duquel il n'a pas été non plus pourvu en vertu de l'article 112 du Code civil, veut se libérer, il doit lui faire des offres et lui signifier les actes prescrits par l'article 1259, au domicile qu'il avait lors de sa disparition; et il peut l'y assigner en validité des offres. Mais il conviendrait, pour prévenir les difficultés, de rem-

plir les formalités prescrites par l'article 69, n° 8 du Code de procédure, à l'égard de ceux qui n'ont ni domicile connu, ni résidence en France.

59. Les syndics d'une faillite poursuivent, sous l'autorisation du juge commissaire, le paiement de ce qui est dû au failli, et en donnent valable décharge (art. 492, Cod. de comm.). Même les simples agens provisoires reçoivent sur leurs seules quittances visées par le commissaire. (Art. 463.)

Et l'on a vu plus haut que le receveur de la régie des domaines reçoit pour le compte des contumaces, pendant la durée du séquestre mis sur leurs biens.

ART. V.

Le débiteur ne peut payer au préjudice des saisies-arrêt ou oppositions.

60. L'article 1242 est ainsi conçu : « Le paiement « fait au créancier par le débiteur, au préjudice « d'une saisie ou opposition, n'est pas valable à l'é- « gard des saisissans ou opposans. Ceux-ci peuvent, « suivant leurs droits, le contraindre à payer de « nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours « contre le créancier. »

61. Mais pour que cette disposition soit applicable, il faut, premièrement, que la créance ait pu être saisie au moins par celui qui a formé la saisie. Or, d'après l'article 580 du Code de procédure, les traitemens et pensions, dus par l'État, ne peuvent

être saisis que pour la portion déterminée par les lois ou par les règlemens et ordonnances royaux.

Et d'après l'article suivant, sont insaisissables :

1° Les choses déclarées insaisissables par la loi ;

2° Les provisions alimentaires adjugées par justice ;

3° Les sommes et objets disponibles, déclarées insaisissables par le testateur ou donateur ;

4° Les sommes et pensions pour alimens, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables.

Enfin, l'article 582 porte que les provisions alimentaires ne pourront être saisies que pour cause d'alimens ; que les objets mentionnés aux n°s 3 et 4 du précédent article pourront être saisis par des créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, mais en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il déterminera.

62. Il faut, en second lieu, que la saisie soit fondée et régulière ; car, si le débiteur pouvait se prévaloir de la nullité, soit pour défaut de cause, vice de forme, ou défaut d'assignation en validité dans le délai de droit, nul doute que le débiteur, tiers saisi, ne le pût également, si le créancier voulait l'obliger à payer de nouveau. Il a qualité pour discuter le mérite d'un acte dont on se prévaut contre lui : on ne pourrait pas le contester, si la saisie n'avait pas de cause, puisque le saisissant serait alors sans droit ; et la chose est également vraie

dans le cas où la saisie est nulle pour vice de forme, ou pour n'avoir pas été suivie, dans le délai de droit, d'une demande en validité ; car l'article 565 du même Code, porte que, faute de demande en validité, la saisie ou opposition sera nulle, et il ne fait aucune distinction; il ne restreint point au débiteur saisi le droit d'opposer la nullité. Il porte, de plus, que, faute de dénonciation de cette demande au tiers saisi, les paiemens par lui faits jusqu'à la dénonciation seront valables, rendant ainsi la procédure commune avec lui. D'ailleurs, s'il était obligé de payer derechef, il aurait une action en répétition contre son créancier, et celui-ci, qui a incontestablement le droit d'opposer la nullité, a intérêt à ce que cette action n'ait pas lieu : le tiers saisi doit donc pouvoir faire valoir ce droit, comme si son créancier lui cédait son action à cet égard.

Les paiemens faits pendant les délais pour dénoncer la saisie au saisi, et l'assigner en validité, et pour dénoncer cette demande au tiers saisi, seraient même valables, si ces dénonciations et assignation n'avaient pas eu lieu dans les délais fixés ; car il serait vrai de dire qu'ils ont été faits avant la dénonciation de la demande en validité, et l'article 565 précité n'exige pas autre chose pour qu'ils soient valables, lorsque cette dénonciation n'a pas été faite dans le délai de droit.

63. Mais lorsque le débiteur a fait un paiement à son créancier au mépris d'une saisie ou opposi-

tion régulière, depuis la dénonciation de la demande en validité faite dans le délai, ou même après le délai, il doit rendre le saisissant indemne du préjudice que ce paiement peut lui causer, et à cet effet, lui payer la somme que ce saisissant aurait touchée de lui sans le paiement, soit qu'il n'y eût que cette seule saisie, soit que plusieurs oppositions existant, il y eût lieu à une distribution de deniers par contribution; sauf le recours contre le créancier. Tel est le sens de cette disposition de l'article 1242 du Code civil : « Ceux-ci (les créan-« ciers saisissans ou opposans) peuvent, *selon leurs* « *droits*, le contraire à payer de nouveau. »

De là, si la créance saisie est de 1,200 francs, qu'il y ait quatre oppositions de 1,000 francs chacune, toutes, ainsi que les dénonciations et demande en validité, antérieures au paiement de ces 1,200 francs, que le débiteur a fait au créancier au mépris des saisies, chacun des opposans est en droit d'exiger du débiteur un nouveau paiement, qui sera, dans l'espèce, de 300 fr. pour chacun, s'il n'y en a aucun qui ait, en vertu d'un privilège, le droit d'être payé de préférence. Mais si l'on suppose que l'un des saisissans, dont la créance d'ailleurs n'a point été éteinte depuis par paiement, compensation ou autrement, ne veut pas user du droit de contraindre le débiteur tiers saisi à payer derechef, les trois autres n'auront pas pour cela le droit d'exiger pour eux un nouveau paiement intégral des 1,200 francs, mais seulement de 900 francs,

car ils n'auraient toujours eu chacun que 300 fr. (comme ils les ont dans ce système), si le tiers saisi n'eût pas fait le paiement. Mais si la créance de ce saisissant se trouvait éteinte au moment de la distribution, ils pourraient exiger un nouveau paiement des 1,200 francs, parce que, dans cette hypothèse, ce serait cette somme qu'ils auraient eu sans le paiement, puisque l'opposition de ce créancier se trouverait effacée.

64. Si, au lieu de payer la dette au créancier, le débiteur payait à l'un des saisissans les 1,000 francs pour lesquels celui-ci a saisi, incontestablement il aurait le droit de retenir pardevers lui la somme que ce saisissant aurait eue dans la distribution, c'est-à-dire 300 francs; ou, en d'autres termes, il ne serait tenu de payer derechef aux autres créanciers que 900 francs. Cela ne serait l'objet d'aucun doute dans le cas où il serait subrogé aux droits de ce créancier, mais il faut même le décider ainsi quoiqu'il n'y eût pas de subrogation; car les autres créanciers n'éprouveraient, de cette manière, aucun préjudice du paiement dont il s'agit.

Si c'était seulement un paiement partiel que le débiteur eût fait à l'un des créanciers saisissans, la somme payée serait imputée sur celle qui devait revenir à ce créancier dans la distribution; et si elle excédait, le débiteur serait tenu de payer de nouveau l'excédant aux autres créanciers saisissans. Ainsi supposez, dans le premier cas, que Primus soit débi-

teur de 4,000 f. envers Secundus; Tertius et Quartus sont chacun créancier de Secundus pour 3,000 f., et ils ont formé opposition entre les mains de Primus. L'un d'eux, Tertius, a reçu de Primus un paiement de 1,000 francs : l'on ne doit pas moins, quant à l'opposition de Quartus, considérer Tertius, dans la distribution des 4,000 francs, comme étant encore créancier de 3,000 francs, et non pas seulement de 2,000 francs; en conséquence, il doit avoir encore 1,000 francs, parce que c'est cette somme qu'il aurait eue, avec les 1,000 qu'il a déja reçus, si aucun paiement ne lui avait été fait. Au lieu que si on ne le considérait, dans la distribution, que comme créancier des 2,000 francs qui lui restent dus, il ne lui reviendrait d'abord que les deux cinquième, des 4,000 francs ou 1,800 francs, et ayant déja reçu 1,000 francs, il ne lui resterait à toucher en définitive que 800 francs, au lieu de 1,000 qui lui reviennent réellement, puisque, créancier dès le principe d'une somme égale à celle qui est due à Quartus, le dividende, qui dans l'espèce est de 4,000 francs, doit donner à chacun 2,000 f., ainsi qu'il les donne d'après cette manière d'opérer. Le paiement des 1,000 francs est réputé non avenu par rapport à Quartus, et voilà tout.

65. Un débiteur de 3,000 francs, entre les mains duquel Paul a formé opposition pour la somme de 1,000 francs, paie à son créancier les autres 2,000 fr., et garde entre mains le montant de la

saisie de Paul, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le mérite de cette saisie. S'il ne survient pas de nouvelles oppositions avant que le tiers débiteur paie au saisissant, il n'y a pas de difficulté : le paiement des 2,000 fr. fait au créancier ne fait aucun préjudice à ce saisissant ; mais s'il en survient, alors le paiement lui préjudicie, et il est en droit de le faire considérer comme non avenu.

En effet, les nouveaux saisissans concourent avec le premier, et peuvent même le primer, s'ils ont un privilège ; car la priorité de saisie, pas plus que la date des titres, ne donne aucune préférence : les seules causes de légitime préférence sont les privilèges et les hypothèques (art. 2094), et, hormis ces causes, tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, qui s'en distribuent le prix par contribution (art. 2093) quand il ne suffit pas à les payer tous. La saisie ne dépouille point le débiteur saisi du droit dans la chose qui fait la matière de sa créance sur le tiers, puisque la cession même qu'il en ferait ne suffirait pas pour en saisir le cessionnaire vis-à-vis des tiers ; il faudrait encore pour cela, d'après l'art. 1690, une signification du transport au débiteur, ou une acceptation de ce transport par lui dans un acte authentique. La première saisie n'a donc pas attribué à celui qui l'a faite un droit exclusif à la somme saisie : ce droit ne lui sera acquis que par le paiement. Et si, comme dans l'espèce il survient de nouvelles oppositions, et que les créanciers ne s'accordent pas pour la ré-

partition des deniers à l'amiable, qu'il y ait eu lieu, d'après cela, à une distribution judiciaire (art. 656, Cod. de procéd.). les opposans ne sont investis du droits aux deniers saisis, et chacun pour leur part, que par la clôture du procès-verbal du juge commissaire et la délivrance des borderaux : jusque là d'autres créanciers peuvent former opposition, et doivent être admis à la distribution. Les saisissans postérieurs prenant ainsi leur portion dans les 1,000 fr., que, dans l'hypothèse en question, le tiers saisi a gardé entre ses mains, Paul, premier saisissant, est donc en droit de forcer le tiers saisi à lui payer derechef la somme dont le prive leur concours; sauf à ce tiers saisi à exercer son action en répétition contre son créancier, auquel il a mal à propos fait le paiement des 2,000 fr. Tel est le vœu de l'art. 1242 du Code civil, qui regarde comme non valable, *à l'égard des saisissans*, tout paiement fait au mépris des saisies.

Mais les saisissans postérieurs au paiement peuvent-ils prétendre que ce paiement doit être réputé non avenu aussi à leur égard?

On parle dans Denizart, édition de 1771, v° *transport*, d'un arrêt du 8 mars 1760, comme ayant décidé l'affirmative; mais cet arrêt, ainsi que l'a observé M. Pigeau (1), a sûrement été rendu dans des circonstances particulières, et c'est une remarque

(1) *Procédure civil.*, part. V, *de l'exécution des jugemens*, titre IV, chap. 1, sect. 2, § 8.

qu'il a faite, dit-il, dans la dernière édition de Denizart, donnée par Camus et Bayard, au mot *Cession*, § 11, n° 10 ; autrement on eût méconnu la règle que les poursuites d'un créancier ne conservent que ses droits : par rapport aux autres saisissans, ces poursuites sont *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet, nec prodest.* Le premier saisissant n'a saisi que pour lui, et non pour d'autres, et l'on ne peut pas dire avec quelque raison que le paiement fait par le débiteur à son créancier l'a été au *préjudice* de saisies qui n'existaient pas encore. Aussi l'art. 1242 lui-même n'oblige le débiteur qui a fait des paiemens, à payer de nouveau, qu'envers des saisissans au mépris des oppositions desquels ces paiemens ont eu lieu : cela suppose donc les oppositions déja existantes.

Art. VI.

Du paiement fait de bonne foi au simple possesseur de la créance.

66. Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que par la suite le possesseur en soit évincé. (Art. 1240.)

Cet article n'exige point pour cela que celui à qui le paiement a été fait, fût lui-même de bonne foi. La bonne foi n'est requise que dans celui qui a payé, lequel n'en est pas moins libéré, encore que l'action du véritable créancier contre celui qui a reçu le paiement fût inefficace à raison de son insolvabilité.

67. Cette disposition doit toutefois être appliquée avec circonspection. En effet, s'il y avait faute de la part du débiteur, par exemple, s'il payait le montant d'une lettre de change, ou d'un billet à ordre avant son échéance, il serait responsable de la validité du paiement (art. 144 et 187 du Code de comm.), dans le cas où l'effet se trouverait n'appartenir pas à celui à qui il a été payé, parce qu'il lui avait simplement été confié à dépôt ou pour autre cause, ou parce qu'il avait été perdu.

68. Mais, ainsi que nous l'avons dit plus haut, le paiement fait de bonne foi, à l'échéance de la lettre de change ou du billet, quoiqu'au porteur d'un faux endossement, libère le débiteur; car celui-ci a dû payer à la personne qui se présentait avec l'effet, en qualité de propriétaire, pour en toucher le montant à l'échéance. S'il n'en était ainsi, la transmission des effets de commerce par la voie de l'endossement serait entravée à chaque pas : le débiteur pourrait se refuser à payer tant que l'endosseur, qui demeure peut-être à plusieurs centaines de lieues de la ville où la lettre de change est payable, ne viendrait pas lui attester que la signature mise à l'endossement est bien la sienne. Il pourrait se refuser à en croire des attestations par lettres, en disant que les lettres peuvent aussi avoir été faites dans la vue de surprendre le paiement ; en sorte qu'un débiteur se ferait, de craintes réelles ou simulées, un moyen facile de se refuser à remplir ses enga-

gemens à l'échéance. La transmission par cette voie, imaginée pour la célérité des opérations commerciales, deviendrait sujette à tant d'entraves et de lenteurs, et donnerait lieu à tant de difficultés, que son utilité serait pour ainsi dire anéantie. Mais il n'en est pas ainsi, le paiement fait de bonne foi, et à l'échéance, est valable, sauf le recours du véritable propriétaire de la lettre de change contre celui qui en a reçu le montant sans droit, et sans préjudice des dispositions pénales contre les faussaires. C'est un malheur pour lui, si c'est par perte que l'effet est sorti de ses mains, et c'est sa faute s'il l'a mal à propos confié à des mains infidèles; mais dans les deux hypothèses, le débiteur qui a payé de bonne foi au porteur de l'effet ne doit pas souffrir de la fraude qui a été commise.

69. Le paiement fait à un héritier n'est pas moins valable, quoique cet héritier se soit fait ensuite relever de son acceptation de la succession, en vertu de l'art. 783 du Code civil, sauf à lui à restituer à qui de droit ce qu'il a reçu.

70. Il en est de même du paiement fait de bonne foi à l'héritier apparent qui est ensuite évincé de la succession par un parent plus proche, ou à un légataire en possession de la succession et évincé ensuite à raison d'un testament postérieur qui révoquait le premier, et dont on ignorait ou même dont simplement le débiteur ignorait l'existence au moment du paiement. Il faudrait même le décider

ainsi dans le cas où le légataire ne jouissait de la succession qu'en vertu d'un testament qui a été ensuite annulé pour vice de forme ou autre cause, lorsque c'est cependant à raison de ce testament qu'il s'est mis ou a été mis en possession des biens de l'hérédité.

Bien mieux, il faudrait encore le décider ainsi quoique ce fût un testament supposé et matériellement faux ; et cela n'est pas contraire à ce qui a été dit plus haut, que le paiement fait à un faux mandataire n'est pas valable (si ce n'est toutefois dans le cas où ce faux mandataire serait en possession du titre par le fait même du créancier, qui le lui avait remis en dépôt, ou pour un autre objet, cas dans lequel, selon nous, les tribunaux pourraient tenir le paiement pour valide) ; car il n'en est pas du possesseur d'une hérédité au moyen d'un faux testament, comme du simple porteur d'un faux acte de procuration qui n'a pas le titre de la créance entre ses mains. Le premier a en sa possession les titres de l'hérédité, comme un véritable héritier ou institué peut les avoir, et les débiteurs n'ont aucun moyen de se refuser à payer à un individu dont ils ne soupçonnent pas l'illégitimité du titre, lorsque les véritables héritiers le laissent tranquille possesseur de la succession. Au lieu qu'un faux procureur qui n'a pas le titre entre ses mains, doit inspirer par cela même quelque défiance : c'est donc au débiteur à s'assurer de la réalité du pouvoir, et s'il paie sans prendre cette précaution,

il doit s'imputer sa témérité et son aveugle confiance. On peut d'ailleurs assimiler celui qui possède une hérédité au moyen d'un faux testament, à celui qui possède sans titre aucun, parce qu'en effet un titre faux n'est pas un titre; or, le paiement fait de bonne foi à celui qui posséderait une hérédité sans aucun titre, ne serait pas moins valable, encore que le possesseur de l'hérédité, et par cela même de la créance, en fût ensuite évincé; aussi notre article 1240 n'exige-t-il pas, pour que le paiement fait de bonne foi soit valable, que le possesseur de la créance soit lui-même de bonne foi; il n'exige cette bonne foi que dans le débiteur. L'on sent, au surplus, que les circonstances du fait influeraient nécessairement sur la décision des tribunaux dans de pareilles questions; ils devraient surtout prendre en considération le plus ou moins de durée qu'avait alors la possession de celui à qui le paiement a été fait comme héritier ou légataire, les caractères apparens de cette possession, et les raisons qu'avaient les débiteurs d'y ajouter ou de ne pas y ajouter foi, suivant les rapports qu'ils avaient avec lui : car tout cela rentre aussi dans la question de bonne foi.

Art. VII.

Ce que doit payer le débiteur.

71. Le débiteur doit payer la chose due, et le créancier ne peut être forcé d'en recevoir une

autre à la place, quoique la valeur de celle offerte soit égale et même plus grande (art. 1243). (1)

Ainsi la disposition de la novelle IV, chap. 3 (2), qui autorisait le débiteur qui n'avait ni argent, ni objets mobiliers pour s'en procurer, à forcer le créancier à recevoir en paiement un immeuble sur le pied de l'estimation, à moins que le créancier lui-même ne présentât un acheteur, n'a pas été admise dans notre droit français, ancien et nouveau.

72. Si le créancier, croyant recevoir ce qui lui était dû, avait reçu autre chose, comme le paiement ne serait pas valable, il pourrait demander la chose due, en offrant de restituer celle qu'il a reçue. *Si quùm aurum tibi promisissem, tibi ignoranti quasi aurum æs solverim, non liberabor*. L. 50, ff. *de solut.*

73. Toutefois, dans les obligations de faire une chose qui ne peut être faite que par le débiteur, ou qui ne peut l'être du moins avec la même utilité pour le créancier par un tiers, si l'obligation n'est pas exécutée, le créancier est bien obligé de recourir aux dommages-intérêts pour lui tenir lieu de ce qui faisait l'objet de l'obligation ; mais il n'en est pas moins vrai de dire qu'elle n'a pas été remplie comme elle devait l'être ; car le créancier n'avait pas stipulé, sous une alternative, cette chose ou les dommages-intérêts, quoiqu'il sût bien qu'il

(1) L. 16, Cod. *de solut.*

(2) Disposition reproduite dans l'authentique *Hoc nisi debitor*; placée sous la loi 16 au Code *de rescendenda vendit.*

ne pourrait contraindre le débiteur à faire la chose, *quia nemo ad factum precisè cogi potest*, et que le débiteur sût aussi qu'on ne pourrait l'y forcer, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résolvant en dommages-intérêts en cas d'inexécution (art. 1142), sauf les dispositions des art. 1143 et 1144; mais ces dommages-intérêts n'étaient point *in obligatione*, du moins *principaliter*, ainsi que le sont toutes les choses comprises dans une obligation alternative ; ils n'étaient même *in solutione* qu'en raison de la mauvaise foi ou de l'impuissance du débiteur, qui ne voudrait ou ne pourrait remplir son engagement selon sa forme et teneur, et non pas en raison d'une faculté précise stipulée dans le contrat. En sorte que l'obligation ne peut pas même être rangée au nombre de celles dites *facultatives*, obligations dans lesquelles le débiteur a le droit, d'après le contrat même, de payer une somme ou une chose à la place de celle qui fait l'objet de l'engagement.

Il suit de là que l'offre de payer telle somme pour dommages-intérêts n'empêcherait point le créancier de former sa demande, dont le débiteur devrait légalement les frais. Mais si sur la demande, celui-ci fait offre de payer les dommages-intérêts tels qu'ils seront arbitrés à dire d'experts, la poursuite doit être suspendue, et les frais faits ultérieurement resteraient à la charge du créancier. Quant aux frais de l'expertise, ils doivent être supportés dans tous les cas par le débiteur.

74. Il en est de même dans les obligations de donner, lorsque le débiteur a fait périr la chose, ou qu'il déclare ne savoir ce qu'elle est devenue, et que le créancier ne sait où la prendre pour la saisir et se la faire délivrer en nature : dans ces cas aussi, ce dernier est bien obligé de recevoir autre chose que ce qui lui était dû, de se contenter des dommages-intérêts, mais c'est *ex necessitate.*

75. Quoique régulièrement le créancier puisse exiger la chose même qui fait la matière de l'obligation, au lieu de se contenter d'une autre à la place, néanmoins le principe souffre aussi quelques modifications dans certains cas, par suite de l'application des règles touchant la compensation : comme lorsqu'il m'est dû par Paul une prestation de vingt hectolitres de froment, payables en tel endroit, dont le prix est fixé par les mercuriales du lieu, et que je dois de mon côté à Paul une somme d'argent, si les deux dettes sont exigibles, la compensation les éteindra réciproquement jusqu'à concurrence de la plus faible (art. 1290 et 1291); en sorte que je n'aurais pas le droit d'exiger les vingt hectolitres de grain, ni Paul la somme qui lui était due, quoique j'offrisse de lui payer la somme, ou lui de me payer le grain. La loi elle-même a éteint les deux dettes, même à notre insu, parce que les prestations en denrées dont le prix est fixé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles, ces denrées étant assimilées

à des sommes. La compensation s'étant opérée de plein droit, ce serait donc faire revivre les deux dettes, si je pouvais exiger les vingt hectolitres de grain, ou Paul la somme qui lui était due ; or, c'est ce qui ne doit pas avoir lieu contre le gré de l'une des parties.

76. La loi 57, ff. *de solut.* porte que, lorsqu'une somme de dix écus a été stipulée payable en miel : *Si quis stipulatus fuerit decem in melle*, le débiteur, à la vérité, peut bien payer en miel tant qu'il n'a pas été prévenu par l'action du créancier (parce que l'obligation est du nombre de celle qu'on nomme *facultatives*), mais dès que le créancier a agi en paiement de la somme, le débiteur ne peut plus le forcer à recevoir le miel.

Cette décision ne serait pas suivie chez nous (1): elle tenait, dans le droit romain, à ce que la litiscontestation opérait une sorte de novation de l'obligation primitive, en en transformant l'objet en ce qui était demandé; et le créancier avait pu demander la somme, et même n'avait pu demander que cela, puisque la somme seule était *in obligatione*, et le miel seulement *in facultate solutionis*.

77. Le débiteur peut même, dans certains cas, en vertu d'une disposition particulière de la loi, se libérer, par l'offre d'une somme, de l'action qui est exercée contre lui pour un autre objet. C'est ainsi

(1) C'est aussi l'opinion de Pothier, *des obligations*, n° 552.

que le défendeur à l'action en rescision d'un contrat de vente d'immeubles, pour lésion de plus des sept douzièmes dans le prix, peut arrêter le cours de la demande et retenir l'immeuble, en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total (art. 1681). Ici l'objet de l'action était cependant la rescision du contrat, pour obtenir la restitution de l'immeuble, moyennant le remboursement du prix convenu, s'il avait déja été payé.

Il en est de même du défendeur à l'action en rescision d'un partage pour cause de lésion de plus du quart : il peut arrêter le cours de l'action, et empêcher ainsi qu'il y ait lieu à un nouveau partage, en offrant au demandeur un supplément de lot, soit *en numéraire*, soit en nature. (Art. 891.)

78. Lorsque le créancier consent à recevoir une chose à la place de ce qui lui est dû, il importe beaucoup, surtout s'il en est ensuite évincé, de voir ce qu'ont entendu faire les parties par cette nouvelle convention : si c'est une vente ou une simple dation en paiement; c'est ce que nous allons examiner dans l'article suivant.

Art. VIII.

De la dation en paiement.

79. La dation en paiement est un acte par lequel un débiteur livre une chose à son créancier, à la place et en paiement d'une somme ou de quelqu'autre chose qu'il lui doit, et que celui-ci veut

bien recevoir (1), ce qui suppose par conséquent une convention postérieure au contrat, puisque, si c'était en vertu du contrat lui-même que le débiteur offrît cette chose, le créancier serait obligé de la recevoir.

80. Cet acte, sans être toutefois une vente ou un échange proprement dits, a néanmoins beaucoup d'affinité avec la vente ou l'échange.

Avec la vente, dans le cas où la dette est d'une somme d'argent, et que le débiteur livre, à la place, un fond ou un meuble, n'importe; ou bien encore, lorsque la dette étant d'un immeuble ou d'un objet mobilier, le débiteur paie au créancier une somme d'argent à la place: seulement, dans la première hypothèse, il est considéré comme vendeur, et, dans la seconde comme acheteur.

Avec l'échange, lorsque la chose due n'est point de l'argent, mais un immeuble ou un objet mobilier, tel qu'un cheval, et que ce qui est donné en paiement n'est point non plus de l'argent.

Cette première distinction résulte assez clairement des différens textes du droit romain sur ce point, et elle a de l'importance dans le cas où le créancier est ensuite évincé de la chose, ainsi qu'on le verra bientôt.

81. Dans le cas même où c'est en paiement d'une dette de numéraire qu'une chose est livrée

---

(1) Pothier, *contrat de vente*, n° 601.

au créancier par le débiteur pour la libération de celui-ci, il importe, suivant la doctrine des auteurs, de faire une autre distinction, afin de savoir si c'est une vente proprement dite qui a eu lieu, ou bien si c'est seulement une simple dation en paiement; car, quoique la dation en paiement ait beaucoup de rapport avec la vente, lorsque c'est en paiement d'une dette de somme que le débiteur livre une chose à son créancier, néanmoins les effets de l'un et de l'autre acte son différens en plusieurs points, qui seront bientôt expliqués.

« Il y a vente, dit Pothier à l'endroit ci-dessus « cité, lorsqu'un débiteur convient avec son créan- « cier qui lui vend une certaine chose pour la « somme de tant, qui viendra en compensation de « celle qu'il lui doit; et dation en paiement, lorsqu'il « est dit que le débiteur donne à son créancier une « telle chose en paiement d'une telle somme qu'il « lui doit. »

La première de ces décisions n'est pas douteuse, lorsque l'acte s'explique aussi clairement: mais il n'en est pas toujours ainsi, ce n'est pas toujours que le débiteur y déclare *vendre une certaine chose pour la somme de tant, qui viendra en compensation de ce qu'il doit;* l'expression *vend*, *vendre,* peut ne s'y pas trouver. Suivant Cujas, il y a seulement à examiner si la chose donnée en paiement a été éstimée ou non dans l'acte. Lorsque le débiteur a déclaré sa valeur dans l'acte, cette estimation vaut vente, elle opère une vente, soit qu'elle fût

égale au montant de la dette, soit qu'elle fût supérieure ou inférieure; et quand bien même il ne serait pas dit expressément que le prix de cette estimation viendra en compensation de la dette, en tout ou partie, cela serait nécessairement sous-entendu, puisque c'est pour éteindre la dette en tout ou partie que la chose est livrée au créancier. Cujas s'exprime ainsi au livre 19 de *ses Observations*, chap. 38: *Non tantùm emptori datur actio de evictione, sed etiam ei qui* PRO PECUNIA *creditâ, vel pro pretio certo vel incerto rei venalis, rem æstimatam in solutum accepit*, QUIA ÆSTIMATIO SIMILIS EST EMPTIONI; *et ut creditor qui pro pecuniâ rem æstimatam accepit, pro emptore habetur, ità venditor qui pro pretio rem æstimatam accepit, idem etiam pro emptore habetur; et utrique, re evictâ, datur utilis actio ex empto in eum à quo rem accepit pro soluto in quantitatem debiti, vel ejus quod interest.* L. 4 Cod. *de evictionib.* L. 24, ff. *de pignerat. act.* L 1 Cod. *de rerum permut.*

Cela posé, voyons maintenant les différences qu'il peut y avoir, dans les effets, entre la dation en paiement et la vente.

Si, lorsque je croyais vous devoir une somme que je ne vous devais pas, je vous livre un objet pour la somme de tant, qui viendra en paiement de celle que je crois vous devoir, je ne puis, ayant découvert mon erreur, répéter la chose, mais bien seulement réclamer le prix que, par suite de cette erreur, j'ai compensé avec la somme que je ne de-

vais pas. C'est ce prix qui m'est dû, et pour lequel j'ai l'action *venditi;* et, de votre côté, vous ne pourriez pas non plus, pour écarter mon action en répétition de la somme, m'offrir de me restituer la chose; puisqu'il y a une vente entre nous, elle doit produire ses effets.

Mais si, au contraire, je vous ai simplement donné la chose en paiement, si c'est une dation en paiement proprement dite, et non une vente, je puis répéter la chose même, et je ne puis répéter que cela. L'action que j'ai contre vous, dans ce cas, n'est pas l'action *venditi*, mais l'action appelée, en droit, *condictio indebiti per errorem soluti*, ou *condictio sine causâ*, actions par lesquelles on répète ce qu'on a payé mal à propos. Or, c'est la chose elle-même que j'ai payée mal à propos; je dois donc pouvoir la répéter. Aussi, vous ne vous libéreriez pas en m'offrant de me compter la somme pour laquelle je vous ai donné la chose en paiement.

Bien mieux, lors même que j'aurais réellement été votre débiteur, si je ne l'eusse été que d'une somme inférieure à celle pour laquelle je vous ai donné la chose en paiement, je pourrais encore répéter la chose elle-même, en offrant toutefois de vous payer la somme que je vous devais. Telle est la décision de la loi 26, § 4, ff. *de condict. indeb.*, fondée sur ce que je n'aurais pas donné, peut-être même avec un retour, cette chose en paiement, si je n'avais pas été dans l'erreur quant

à la somme que je devais, et sur ce que je ne puis être contraint à me trouver en communauté malgré moi. C'est aussi la décision de Dumoulin, *de Usuris, quest.* 14 n° 182, et de Pothier *Contrat de vente*, n° 603.

Le premier de ces auteurs excepte toutefois le cas au le débiteur avait, lors du paiement, exposé la chose en vente, et que le créancier aime mieux la garder et payer la partie de la somme qui n'était pas due. Pothier n'adopte ni ne combat cette restriction, mais nous ne saurions y souscrire : le jurisconsulte romain ne l'a point faite, parce qu'en effet mille circonstances peuvent faire que l'on ne vende pas une chose, quoique l'on se soit proposé dans un temps de la vendre. Nous en apportons toutefois une autre, que nous croyons mieux fondée, du moins en équité : nous pensons que si la différence entre la somme due et celle que le débiteur croyait devoir était peu considérable, les tribunaux ne devraient pas, si le créancier était d'ailleurs de bonne foi, prononcer la résiliation de l'acte, sur la demande du débiteur, mais bien seulement condamner le créancier à payer la différence ou à souffrir la communauté, à son choix. Si le créancier ne voulait point de la communauté, il pourrait restituer la chose, à la charge encore pour le débiteur de lui payer de suite la somme qui était réellement due, et de lui rembourser une partie des frais et loyaux coûts d'un acte d'acquisition qui se trouve maintenant anéanti dans un cas où les deux parties

ont à se reprocher leur erreur. Mais si le créancier était de mauvaise foi, il devrait supporter seul la perte de ces frais et des droits auquels l'acte a donné lieu.

Outre cette première différence entre l'acte qui doit être réputé vente, et celui qui doit être réputé dation en paiement, Pothier en signalait d'autres qui aujourd'hui ne seraient pas réelles. Il disait que le contrat de vente est parfait par le seul consentement des parties, et avant aucune tradition, ce qui était vrai de son temps comme aujourd'hui; mais que la dation en paiement ne se fait que par la tradition, et même par la translation de la propriété de la chose donnée en paiement; d'où il concluait que celui qui vend de bonne foi une chose dont il se croit le maître n'étant pas obligé d'en rendre l'acheteur propriétaire, mais seulement de l'en faire jouir librement, de lui prêter aussi appui en cas de revendication de la part d'un tiers, et enfin de lui payer les dommages-intérêts en cas d'éviction, l'acheteur, tant qu'il n'est pas troublé dans sa possession ne peut pas prétendre que le vendeur n'a pas rempli ses obligations, quand bien même il aurait acquis la preuve que la chose n'appartient pas au vendeur, et c'est en effet ce que décidait la loi 30, § 1, ff. *de act. empti.* Au lieu que dans la dation en paiement, continuait Pothier, comme le débiteur doit rendre le créancier propriétaire de la chose livrée, et que *non videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt* (1), si le créancier vient

(1) L. 167, ff. *de regul. juris.*

à découvrir que son débiteur n'était pas propriétaire de la chose qu'il lui a donnée en paiement sans le consentement du maître de cette chose, et par conséquent qu'il ne lui en a pas transféré la propriété, il peut, quoiqu'il n'ait encore souffert aucun trouble de la part du véritable propriétaire, demander au débiteur la somme qui lui est due, en offrant de lui restituer la chose reçue en paiement, parce qu'un tel paiement étant nul, il n'a pu le libérer.

Tout cela était constant dans les anciens principes, mais aujourd'hui ces différences entre les deux actes n'existent plus. D'abord, aujourd'hui la dation en paiement se forme aussi par le seul consentement, comme la vente, et sans qu'il soit besoin d'aucune tradition, parce que la propriété elle-même est transférée par le seul consentement (art. 711 et 1138), sauf ce qui concerne les donations entre-vifs de biens présens susceptibles d'hypothèques, dans lesquelles la transcription est nécessaire pour que le donataire puisse se prétendre propriétaire à l'égard des tiers (art. 939 et 941 combinés); sauf aussi, et de même à l'égard des tiers, ce qui est établi par l'art. 1141 pour les choses purement mobilières, et sauf enfin quelques autres exceptions, relatives à la cession des créances et aux choses indéterminées, ainsi que nous l'avons expliqué au tome X, chap. 3, sect. 2, § 2. En second lieu, nous pensons que, actuellement, suivant l'art. 1599, et suivant ce qui a été démontré au même endroit, d'après une jurisprudence qui

paraît fixée, dans la vente aussi le vendeur est obligé, par la nature même du contrat, de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, et en conséquence que, quoiqu'il fut de bonne foi, s'il a livré la chose d'autrui sans le consentement du propriétaire, l'acheteur peut, même avant d'être troublé, demander la résiliation du contrat, comme un créancier, dans le même cas, pourrait demander la résiliation de la dation en paiement.

82. Au surplus, nous le répétons, la doctrine de Pothier sur ce point était exacte au temps où il écrivait, mais elle cessait toutefois de l'être quand cet auteur ajoutait que « dans le cas de dation en « paiement, le créancier, outre cette action *utilis* « *ex empto*, a aussi, en cas d'éviction de la chose « qui lui a été donnée en paiement, l'action qui naît « de sa créance, de laquelle le débiteur n'a pu être « libéré par un paiement qui se trouve inefficace; « L. 98, ff. *de solut.* Mais l'action *utilis ex empto*, est « plus avantageuse, parce qu'elle comprend les « dommages-intérêts, *si quid suprà intersit.* »

Cette action peut sans doute être plus avantageuse sous ce rapport, mais elle peut l'être moins sous d'autres, puisque celle de la créance pouvait être avec privilége, hypothèque ou cautionnement, tandis que celle de vente *utilis* peut être privée de ces sûretés; et c'est même ce qui donne lieu à la question de savoir si le créancier évincé a encore l'action de l'ancienne créance, ou bien seulement

celle de vente *utilis*, question qui serait sans intérêt, si, comme le dit Pothier, il avait l'une et l'autre (1)

La loi 98 *princip.* ff. *de solut.* citée par lui, statue sur le cas où quelqu'un ayant constitué une dot à sa fille sur quelques-uns des biens qu'il avait auparavant hypothéqués à un tiers, et ayant ensuite livré au mari les objets affectés de la constitution dotale, celui-ci en a ensuite été évincé par le créancier, à raison de l'hypothèque qu'il avait reçue. Le jurisconsulte Paul dit, avec raison, que le mari peut agir en vertu de la promesse de dot, comme il le pourrait si on lui avait livré un *statuliber* (2), ou une chose léguée sous une condition, et dont il se trouverait évincé par suite de l'accomplissement de la condition; parce qu'en effet le paiement n'opère l'extinction de l'obligation qu'autant que le créancier conserve la chose payée.

Pomponius décide absolument de la même manière dans la loi 20, au même titre, ainsi que Julien dans la loi 33; mais aucun de ces deux jurisconsultes ne parle de l'action *venditi utilis*, et il faut même remarquer que, dans ces divers textes,

(1) Renusson, dans son *Traité de la subrogation*, chap. 5, n° 21 et suivans, dit pareillement que le créancier qui a été évincé de la chose que le débiteur lui a donnée en paiement, a l'ancienne action et l'action *ex empto utilis*, afin de pouvoir, par cette dernière, obtenir ses dommages-intérêts, s'il lui en est dû. Il cite à ce sujet les différens textes du droit romain sur ce point; mais il a tort d'en conclure que le créancier avait l'*une et l'autre action*, cela eût été contraire à la pureté des principes du droit romain.

(2) Un affranchi sous certaine charge.

c'était la chose promise qui avait été livrée au créancier, en sorte que c'est à tort que Pothier cite celui de la L. 98, ff. *de solut.* à l'apui de sa décision, que, dans le cas de dation en paiement, le créancier évincé a, outre l'action *ex empto utilis*, celle de l'obligation primitive, s'il la trouve plus avantageuse; car il ne s'agit point, dans cette loi, d'une dation en paiement, et il n'y a lieu qu'à l'action née de l'obligation primitive.

A la vérité, les lois 24, *princip.* ff. *de pignorat. act.* et 4, au Code, *de evictionibus*, citées aussi par Pothier, donnent formellement au créancier, dans le cas d'une dation ou abandon en paiement, l'action *ex empto utilis*, et nous tombons parfaitement d'accord qu'il a en effet cette action; mais ces lois ne lui donnent pas en même temps celle née de l'obligation primitive, qui pourrait cependant lui être plus avantageuse, à cause des sûretés qui y étaient attachées, quoique d'ailleurs l'action *ex empto* pût être plus étendue à raison des dommages-intérêts qui pourraient être dus au créancier évincé: au contraire, Ulpien, dans la première de ces lois, considère l'acte par lequel la chose hypothéquée a été adjugée au créancier en paiement de sa créance, comme ayant opéré l'extinction de cette même créance: *Et videtur finita esse pignoris obligatio, et à contractu recessum.* Et il ajoute: *Imò utilis ex empto accommodanda est, quemadmodùm si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit.* Ainsi, Ulpien

ne suppose pas que les deux actions existent, mais seulement celle *ex empto utilis*. La loi 4, au Code *de evict.*, statue sur un cas analogue, et porte la même décision. Dans celui de la loi 46, ff. *de solut.* déja citée, et qui paraît opposée, en ce qu'elle conserve au créancier l'action née du contrat, quoiqu'il s'agisse bien, dans cette loi, d'une dation en paiement, il y a une circonstance particulière qui fait disparaître l'opposition : c'est que l'acte a plus de rapport avec l'échange qu'avec la vente, car c'était *rem pro aliâ* qui avait été donnée en paiement, et il n'y avait échange qu'autant que la propriété était transférée. D'ailleurs le jurisconsulte Marcien, dans ce texte, ne reconnaît pas au créancier l'une ou l'autre action, à son choix; il ne parle que de l'ancienne seulement. Dans l'espèce, le débiteur d'un corps certain a livré au créancier, qui a bien voulu la recevoir, une chose à la place de celle qui lui était due : *si quis aliam rem pro aliâ volenti solverit;* et le créancier a ensuite été évincé par un tiers. Le jurisconsulte dit que l'obligation n'a pas été éteinte : *pristina manet obligatio;* qu'elle ne le serait même pas, quoique le créancier n'eût été évincé que d'une partie seulement de cette chose, *nam non accepisset re integrâ creditor, nisi pro solido ejus fieret.*

Mais si, dans ce cas, la première obligation ne se trouve pas éteinte par la dation en paiement, à cause de l'éviction, c'est parce qu'en effet le jurisconsulte ne devait pas voir une vente dans une chose donnée à la place d'une autre, la vente

consistant dans la promesse de livrer une chose pour un prix en argent. Cette opération avait donc beaucoup plus de rapport avec celle de l'échange ou permutation (1); or, il n'y a permutation valable que lorsque chacune des parties rend l'autre propriétaire de l'objet qu'elle lui livre (2); par conséquent point d'extinction de la première obligation, la dation en paiement étant sans effet dès qu'il y a eu éviction. Au lieu qu'il y avait vente valable, quoique le vendeur eût vendu et livré la chose d'autrui (3), ce qui, même dans le cas où le créancier était ensuite évincé de la chose à lui donnée en paiement, suffisait pour que l'obligation première fût éteinte, et remplacée par celle qui résultait de la dation en paiement, puisque cette dation était, sous ce rapport, assimilée à une vente, et produisait en conséquence l'action *ex empto utilis* au profit de l'acheteur évincé (4). Telle est la décision des

---

(1) L. 5, § 1, ff. *de præscript. verb. et in rem act.* nous disons, *avait beaucoup plus de rapport avec celle de la permutation*, car ce n'était point une permutation proprement dite, mais fictive, le débiteur étant encore propriétaire de la chose due au moment où s'effectuait la seconde convention, et étant seulement *supposé* l'avoir livrée au créancier, et celui-ci la lui avoir rendue pour celle qu'il a reçue.

(2) L. 1, ff. *de permut.*

(3) *Ibid.* et L. 25, § 1, ff. *de contrah. empt.* et L. 30, § 1, ff. *de act. empti.*

(4) Cujas, à l'endroit cité plus haut, explique la chose comme nous; il dit que lorsque l'opération a plus de rapport avec l'échange qu'avec la vente, parce que c'est *rem pro aliâ re* qui a été donnée en paiement, le créancier, en cas d'éviction, a son ancienne action pour demander la chose due, ou ses dommages-intérêts; mais qu'il n'a que l'action *utilis ex empto*, en cas d'éviction, lorsque l'opération a plus de rapport avec la vente qu'avec l'échange.

lois 24, ff. *de pignor. act.*, et 4 au Code, *de evict.*, précitées.

Quoi qu'il en soit, dans aucun de ces textes, l'on ne voit concourir, au profit du créancier, les deux actions, et en disant que l'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé, l'article 2038 du Code civil est une preuve que l'on a vu aussi, dans notre droit, une extinction de l'obligation par cette dation en paiement; sauf au créancier l'action en garantie pour achat, et résultant de l'éviction, comme dans ces deux dernières lois romaines. Les rédacteurs du Code ont ainsi rejeté l'opinion de Renusson (1), qui décidait, avec plusieurs auteurs cités par lui, que la caution est encore obligée, même dans le cas où le créancier a reçu purement et simplement la chose en paiement, sans exiger l'accession de cette caution au nouvel engagement du débiteur touchant la garantie. La considération qu'il eût été trop dur que la caution pût être poursuivie après un long temps, lorsqu'elle aurait cru sa décharge opérée par cet acte, n'eut pas été suffisante, assurément, pour la faire tenir comme libérée, puisqu'elle eût pu forcer le débiteur à lui rapporter sa décharge, dans les cas et aux époques déterminés par l'article 2032. La véritable raison c'est qu'on a vu une extinction de

---

(1) Traité *de la subrogation*, chap. 5, n° 40.

la dette par cette dation en paiement, quoique le créancier fût ensuite évincé de la chose, attendu que, bien que la novation ne se présume pas, et que la volonté de l'opérer doive résulter clairement de l'acte (art. 1273), néanmoins, elle a lieu dans ce cas, l'intention des parties aux fins de l'opérer paraissant évidente. On ne doit pas croire, en effet, que le créancier a entendu conserver pour ainsi dire indéfiniment son ancienne action, avec les hypothèques, priviléges et cautionnement qui y étaient attachés, pour le cas, si incertain, d'éviction : on doit penser, au contraire, qu'il a entendu se contenter, à la place de la chose à lui livrée, de l'action éventuelle de garantie, le cas échéant.

Mais comme il y a, selon nous, novation, il ne faut point douter que, si le créancier n'avait voulu recevoir la chose que sous la condition que la caution accéderait à l'obligation du débiteur relativement à la garantie, cette caution ne serait déchargée de son cautionnement qu'autant qu'elle remplirait cette condition ; car, dans la novation faite entre le débiteur ou l'un des débiteurs solidaires, et le créancier, sous la réserve de l'accession des cautions ou des codébiteurs, l'ancienne créance subsiste, si les cautions ou les codébiteurs refusent d'accéder au nouvel engagement (art. 1281). Il faudrait encore décider la même chose dans le cas où le créancier ne voulant faire qu'une novation conditionnelle avec le débiteur, en recevant de lui la chose en paiement, réserverait, en cas d'éviction,

tous ses droits résultant de l'obligation primitive, aussi bien contre la caution que contre lui, sans même exiger d'elle une accession spéciale par un nouvel acte; et cela, quoiqu'elle n'eût point figuré dans celui de dation en paiement. Dans ce cas, nous sommes parfaitement de l'avis de Renusson, parce que l'acte ne doit produire que les seuls effets que les parties ont entendu lui attribuer; sauf à la caution à poursuivre le débiteur pour lui rapporter sa décharge, s'il y a lieu. Mais si le créancier, tout en réservant son action première en cas d'éviction, n'a point exigé que la caution accédât par un acte exprès au nouvel engagement, ou du moins réservé ses droits primitifs contre elle, alors elle est libérée; il y a lieu pour elle d'invoquer l'article 2038, parce qu'il est à croire que le créancier s'est contenté de l'engagement du débiteur, et que celui-ci, tenu de rapporter à la caution sa décharge à l'échéance de la dette, n'a pas entendu qu'elle restât plus long-temps obligée. Si le créancier lui-même l'eût voulu, il lui eût été facile de faire ses réserves à cet égard. A plus forte raison en est-il ainsi lorsqu'il a reçu purement et simplement la chose en paiement; la caution a dû se croire alors pleinement libérée; elle a dû voir une novation opérée entre les parties, et ne point exiger du débiteur la décharge de son cautionnement.

Art. IX.

Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible.

83. Le créancier ayant intérêt à recevoir tout à la fois le montant de la dette, avec lequel il pourra faire ses affaires ou un placement avantageux, plutôt que de recevoir plusieurs petites sommes en différens temps, qu'il pourrait dépenser imperceptiblement à mesure qu'il les recevrait, le Code établit en principe que « le débiteur ne peut forcer « le créancier à recevoir en partie le paiement d'une « dette même divisible. (Art. 1244). »

Cet article ajoute toutefois que « les juges peu- « vent néanmoins, en considération de la position « du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une « grande réserve, accorder des délais modérés pour « le paiement, et surseoir l'exécution des poursuites, « toutes choses demeurant en état. » Nous expliquerons tout à l'heure cette disposition.

84. Du reste, le principe lui-même n'est point applicable aux héritiers du débiteur, lesquels, au contraire, ne doivent chacun que leur part dans les dettes divisibles (art. 1220); par conséquent chacun d'eux peut payer la sienne, et en faire des offres au créancier, s'il se refuse à la recevoir.

85. Il n'est point applicable non plus au débiteur lui-même dans le cas où il s'agit de compensation; la dette la plus forte est éteinte, et de plein

droit, jusqu'à concurrence de la plus faible, lorsque elles sont l'une et l'autre d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de choses fongibles (c'est-à-dire de la même espèce), et qu'elles sont également liquides et exigibles (art. 1290 et 1291). La loi fait dans ce cas un paiement partiel que le débiteur ne pourrait faire malgré le créancier; mais la raison en est simple : si celui-ci pouvait se faire payer aussi de la partie de sa créance correspondant à la dette, il serait aussitôt obligé à la restituer à son créancier; or, la loi évite par la compensation ces traditions inutiles.

86. Enfin, si la convention porte que la somme ou la quantité de la chose promise sera payable, par exemple, en trois paiemens, d'année en année, il y a en quelque sorte autant de dettes que de paiemens à faire; et, dans ce cas, les paiemens sont égaux, à moins de convention contraire, sans préjudice du droit qu'a le débiteur d'en faire plusieurs à la fois, si bon lui semble, en les faisant toutefois chacun entier. La prescription commencerait son cours pour chaque partie de la dette, à compter du jour de son échéance.

Il y aurait également trois paiemens à faire, s'il était dit que la dette sera payable *en* trois années ou *en* trois mois; et le premier devrait être fait au bout d'un an ou d'un mois depuis la convention, et ainsi de suite; car ces expressions, EN *trois années*, EN *trois mois*, indiqueraient un nombre de

paiemens à faire, d'après le nombre d'années ou de mois ; il y aurait relation. Les mots *payable* EN *trois années* établissent des *annuités* et répondent aux mots *annua*, *bima*, *trima die*, des lois romaines (1).

Mais s'il était dit DANS *trois années*, DANS *trois mois*, il n'y aurait qu'un simple paiement à faire, parce que cette expression *dans* trois années, *dans* trois mois, n'indiquerait qu'un seul trait de temps pour un seul terme. *En* répond à la question EN *combien de temps? dans* répond à la question *quand?* La première expression exprime donc une continuité d'actions qui se rapporte à la durée du temps, et la seconde à une action unique. Cette continuité d'actions en suppose donc plusieurs ; par conséquent ces mots, payable *en trois années*, expriment trois paiemens à faire.

Si l'acte portait que le paiement sera fait en deux lieux différens, unis par une conjonctive, comme s'il était dit : *je paierai à Paris à mon domicile, et à Lyon chez tel banquier*, la clause renfermerait implicitement que le paiement sera fait par moitié dans chacun desdits lieux. Mais s'il était dit : *je paierai à Paris ou à Lyon*, le créancier ne serait tenu de recevoir qu'en un seul paiement, dans le lieu que je choisirais. Pothier, n° 536.

87. Le principe que le créancier ne peut être forcé, à moins de convention contraire, à recevoir

(1) Au sujet du legs de la dot constituée en argent, fait par le mari à sa femme. *Voyez* au Digeste le titre *de dote præ legatâ*.

le paiement d'une dette même divisible, est applicable aussi aux diverses cautions qui ont cautionné la même dette, quoiqu'elles n'aient point renoncé au bénéfice de division. Tant que le créancier ne les poursuit pas pour solder la dette, aucune d'elles ne peut l'obliger à en recevoir le paiement pour partie, quoique cette partie fût égale à celle qu'elle aurait à supporter par rapport aux autres cautions; car le bénéfice de division n'opère pas de plein droit la division de la dette entre les cofidéjusseurs : ce n'est qu'une exception pour faire prononcer cette division; or, cette exception ne peut être invoquée que contre une *demande*, c'est-à-dire, dans l'espèce, sur la poursuite en paiement dirigée contre celui qui veut user du bénéfice. La dette, jusqu'à ce qu'il soit invoqué, demeure donc entière à l'égard de chacune des cautions comme à l'égard du débiteur lui-même, et par conséquent la sommation que la caution non poursuivie ferait au créancier de recevoir sa part, s'il n'aime mieux la décharger, ne serait point fondée, quelque temps qu'il y eût que cette caution se fût obligée, et encore que la dette fût devenue exigible, attendu que ce n'est que contre le débiteur qu'elle a cautionné, qu'une caution a une action, l'action *mandati*, pour qu'il lui procure sa décharge, et rien n'oblige le créancier à poursuivre le débiteur, quoique le terme de la dette soit échu : seulement, dans ce cas, la caution peut agir contre ce dernier pour se faire décharger (art. 2032). Vaine-

ment, dit Pothier, qui décide la même chose dans son *Traité des obligations*, n° 535, vainement la caution alléguerait que le débiteur principal et les cofidéjusseurs, quoiqu'encore solvables, commencent à dissiper leurs biens, et qu'elle ne doit pas souffrir de la négligence du créancier à les poursuivre : cette caution n'a d'autre ressource (tant qu'elle n'est pas elle-même poursuivie) que de payer toute la dette, et de se faire subroger aux droits et actions du créancier, ainsi que l'enseigne Dumoulin, *Tract. de divid. et indiv.* part. 2, n° 54 *et seq.*

Mais aujourd'hui, la caution qui a payé la dette est subrogée de plein droit aux actions du créancier contre le débiteur (article 2029); et elle a aussi un recours de plein droit contre ses cofidéjusseurs. (Art. 2033.)

De plus, aujourd'hui aussi la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. (Art. 2037.)

Dumoulin décidait même que, bien que l'obligation des fidéjusseurs eût été divisée de plein droit, *putà*, si trois personnes s'étaient rendues cautions chacune pour un tiers de la dette d'une quatrième; Dumoulin, disons-nous, décidait aussi, dans ce cas, qu'aucune des cautions non encore poursuivies par le créancier, ne peut le forcer à recevoir le paiement de son tiers, parce que, disait-il, l'obligation des cautions ne doit pas donner indirecte-

ment atteinte à l'obligation principale, et la rendre payable par parties avant qu'elle soit divisée. Mais Pothier rejette, avec raison, cette décision, attendu que chaque caution doit pouvoir offrir ce qu'elle a cautionné : or, elle n'a cautionné, dans l'espèce, qu'un tiers de la dette.

Pothier pense même que le débiteur qui, dit-il, ne pourrait en son nom payer pour partie, pourrait cependant payer pour l'une des cautions le tiers qu'elle doit, parce qu'il a intérêt à la décharge de son cautionnement, afin d'éviter une action en indemnité. Du reste, Dumoulin, *ibid.*, n° 50, convient que c'est le sentiment commun des docteurs, quoiqu'il soit d'un avis contraire; mais on peut répondre victorieusement à son raisonnement, en disant que c'est le créancier lui-même qui, par rapport aux cautions, a divisé la dette; il n'a donc pas à se plaindre.

88. Quant à la faculté laissée au juge d'accorder des délais modérés au débiteur, en considération de sa position, toutes choses demeurant en état, va-t-elle jusqu'à pouvoir diviser la dette en plusieurs paiemens, nonobstant l'opposition du créancier qui déclare ne vouloir en recevoir qu'un seul, au terme que fixera le tribunal, alléguant à cet effet que des paiemens partiels auraient pour lui les inconvéniens que la loi elle-même a prévus, et que le débiteur peut tout aussi bien que lui mettre en réserve ou faire valoir, comme il l'entendra, la

somme qui servirait à faire ces paiemens? Car les intérêts cesseraient en proportion de la partie payé e et cependant il pourrait fort bien ne pas convenir au créancier de faire le placement d'une faible somme.

Pothier dit sur ce point que la règle, que le créancier ne peut être obligé à recevoir par parties ce qui lui est dû tant que la dette n'est pas divisée, reçoit exception lorsqu'il y a clause au contrat que la somme due sera divisée en un certain nombre de paiemens, *ou lorsqu'en considération de la pauvreté du débiteur, le juge l'a ainsi ordonné par un jugement de condamnation.*

La discussion qui a eu lieu sur l'art. 1244 ne présente pas de solution bien positive sur la question envisagée sous le Code.

Le consul Cambacérès demanda d'abord si cet article autoriserait le juge à prononcer la division du paiement, même dans les cas où il y aurait une stipulation contraire; et il pensait que ce serait donner trop de pouvoir aux tribunaux.

M. Regnault de Saint-Jean-d'Angely observa que plus la loi laisse de latitude aux tribunaux pour modifier les conventions, moins il existe de crédit.

M. Bigot-Préameneu dit qu'il n'a pas été dans l'intention de la section de donner à la disposition l'étendue dont a parlé M. Cambacérès; qu'au surplus le projet présenté offre des changemens très favorables aux créanciers, telle, par exemple, la disposition qui déclare le débiteur en demeure par

le seul effet de la convention, et sans qu'il soit besoin de l'y mettre par un acte judiciaire; qu'ainsi le projet n'aura pas l'effet d'affaiblir le crédit.

Le consul Cambacérès répliquant, dit qu'au surplus l'article pouvait subsister tel qu'il est, mais il demanda si la disposition qui le termine autorisait le tribunal de cassation à connaître du fond de l'affaire, pour examiner si les juges n'ont usé de leur pouvoir qu'avec la réserve qui lui est prescrite par la loi.

Enfin M. Treilhard exposa l'esprit de l'article, et dit que les offres réelles ne sont pas valides, si elles ne sont de la totalité de la dette; mais que ce n'est pas l'espèce qu'on a voulu prévoir. On a supposé un débiteur qui, prouvant par le tableau de sa situation qu'il est solvable, demande un court délai pour une partie du paiement. Dans ce cas, d'après l'article, le juge le condamne pour la totalité, mais il gradue les termes du paiement.

Et l'article fut adopté sans plus de discussion.

Il nous semble qu'on a raisonné dans la supposition que le créancier ne s'oppose point à ce que le juge, qui croit devoir accorder un délai de grâce au débiteur, croit devoir aussi diviser les paiemens, aussi bien dans l'intérêt de l'un que dans l'intérêt de l'autre; et il sera rare en effet que le créancier n'aime mieux recevoir au plutôt des à-comptes de son débiteur gêné, que d'attendre l'expiration du terme accordé pour recevoir le tout à la fois, ce qui peut être fort incertain. Mais nous raison-

nons, au contraire, dans la supposition qu'il se refuse à cette division de sa créance ; or, la question n'est formellement décidée ni par l'article, ni par la discussion à laquelle il a donné lieu, et que nous avons rapportée exactement. Que dit d'abord l'article ? « Que le débiteur ne peut forcer le créan-« cier à recevoir en partie le paiement d'une dette « même divisible. » A la vérité il ajoute que « les « juges peuvent *néanmoins*, en considération de « la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir « avec une grande réserve, *accorder des délais* « *modérés pour le paiement*, et surseoir l'exécu-« tion des poursuites, toutes choses demeurant en « état. » Mais quoique cet adverbe *néanmoins* paraisse faire une modification au principe, cette modification, d'un autre côté, est relative aux délais modérés que le juge peut accorder, et le créancier ne conteste pas ce pouvoir : il s'y soumet, au contraire ; seulement il demande que sa créance ne soit pas divisée ; et s'il est dit que le juge peut accorder *des délais*, cela ne veut pas dire nécessairement qu'il doit y en avoir plusieurs, pour plusieurs paiemens, puisqu'il n'est même parlé ensuite que d'un seul paiement, *pour le paiement de la dette*. D'ailleurs cette expression *délais* se met souvent au pluriel, pour signifier cependant un seul terme. De plus, l'article en disant que les poursuites seront suspendues, veut aussi que *toutes choses demeurent en état;* or, elles ne demeurent pas dans le même état, si l'on divise, malgré le créancier, une créance

qui n'était point divisée. Aussi, tout bien considéré, nous pensons que la prétention du créancier est bien fondée. L'important pour le débiteur est d'obtenir un terme pour faire suspendre les poursuites, et il l'obtient dans ce système; le juge le lui accordera pour toute la dette, de la même durée que pour la dernière partie, s'il l'eût divisée, et le créancier aimant encore mieux que la chose soit ainsi, sa demande doit être acceuillie. S'il est avantageux pour un débiteur gêné de se libérer par paiemens partiels, ce que l'on ne peut contester, il peut être avantageux aussi pour le créancier de ne point voir sa créance morcelée, et les intérêts cesser en partie, tandis qu'il ne saurait faire des placemens utiles de petites sommes, qu'il pourrait dépenser insensiblement; or, il a un droit fondé sur un titre, au lieu que le débiteur réclame une faveur: l'obscurité du texte de la loi sur le point en question doit donc s'interprêter suivant son intérêt, ou pour mieux dire suivant son droit.

89. Au surplus, il n'y a pas lieu d'accorder un délai de grâce si le créancier a un titre exécutoire, par la raison qu'il n'est besoin ni de demande ni de jugement, et que c'est le juge seul qui a le pouvoir, d'après l'art. 1244, d'accorder ce délai, en suspendant de la sorte l'exécution de son jugement. Ainsi décidé par la Cour de Pau, le 28 novembre 1807. (1)

---

(1) Sirey, 1812, part. 2, pag. 380.

Il en est de même si les biens du débiteur sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (art. 124, Cod. de procéd.) *Voy.* ce qui a été dit à ce sujet au tome précédent, en parlant *des obligations à terme*, n° 98, 116 et 117.

Enfin l'art. 157 du Code de commerce défend aux tribunaux d'accorder des délais pour le paiement des lettres de change; et comme les billets à ordre leur sont assimilés quant au paiement (art. 187 *ibid.*), on doit leur appliquer la même disposition, ce qui, à la vérité, ne s'est pas fait uniformément par tous les tribunaux dans les commencemens de la mise en activité du Code de commerce, mais la loi est positive.

Art. X.

Du paiement des dettes de choses indéterminées et des dettes de sommes.

90. Lorsque la dette est d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce, le débiteur, dit l'art. 1246, n'est pas tenu de la donner de la meilleure espèce, mais il ne peut l'offrir de la plus mauvaise.

Ici le mot *espèce*, employé deux fois, est pris dans deux sens différens. La première fois pour signifier ce que les jurisconsultes romains appelaient le genre, *genus;* car, pour eux, l'espèce, *species*, c'était un corps certain; comme pour les naturalistes

et les philosophes, c'est, non pas l'individu, mais une classe ; et c'est aussi dans le sens de corps certain, de chose déterminée, que ce mot *espèce* est employé dans les art. 570 et 572, pour exprimer un nouveau corps, un nouvel objet, en considérant la nouvelle *forme* qu'a reçue la matière, forme qui a donné à cette matière un nouvel *être ;* car *dat forma esse rei.*

La seconde fois, ce mot à été employé dans le sens de *qualité*, comme si l'on eût dit : le débiteur d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce, ne sera pas tenu de la donner de la meilleure qualité, mais il ne pourra non plus l'offrir de la plus mauvaise. C'est même la rédaction de l'art. 1022, qui porte que, « lorsque le legs sera d'une chose « indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la « donner de la meilleure *qualité*, et il ne pourra « pas l'offrir de la plus mauvaise. »

Mais comme une chose d'une qualité qui n'est qu'immédiatement au-dessus de la plus mauvaise est presque toujours une chose de très mauvaise qualité, le débiteur ne pourrait en offrir une semblable, tout en prétendant que l'art. 1246 ne lui interdit que d'offrir *la chose de la plus mauvaise espèce ;* car, en le dispensant de donner la chose de la meilleure espèce, et en lui interdisant de pouvoir offrir celle de la plus mauvaise, on a voulu dire qu'il devrait en offrir une de qualité moyenne. Quelque mauvaise que soit une chose, généralement on en trouverait encore une plus mauvaise; quelque chétif que soit, par exemple, un cheval,

on en trouverait probablement encore un pire, et ce n'est point par simple voie de comparaison, mais de bonne foi, que l'obligation doit être acquittée (1). Il résulte de la combinaison des deux parties de l'article, que le législateur a entendu prendre un terme moyen.

La dette d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce, c'est-à-dire la dette d'un *genre*, est tantôt d'un genre illimité, tantôt d'un genre limité. La dette d'un cheval, en général, appartient au premier cas; la dette d'un cheval à prendre dans mon haras, se rapporte au second. Mais on sent que le premier genre peut néanmoins recevoir quelque limitation sans cesser pour cela de mériter d'être considéré comme un genre illimité: par exemple, un cheval de France, sans désignation de la province; et le genre limité est lui-même susceptible de plus ou moins d'extension. Et si, dans la dette d'un genre limité, le débiteur n'est pas tenu davantage d'offrir la meilleure des choses qui composent ce genre, il ne peut pas non plus offrir la plus mauvaise, si celle qu'il offrirait n'était pas d'une qualité moyenne, d'une manière absolue. Mais il pourrait l'offrir si elle avait cette qualité, quand bien même elle serait inférieure à toutes les autres. Il pourrait même offrir la plus mauvaise de toutes, quelle que fût sa qualité, si la dette était alternative. L'art. 1196

(1) C'est ce que nous avons déja dit en matière de legs de choses ndéterminées, au tome IX, n° 259, où nous citons à l'appui l'opinion de Voët, *ad Pandect.*, *tit. de solut.*, n° 9.

suppose que l'obligation alternative peut comprendre plus de deux choses, et il décide que les mêmes principes qui sont exposés dans les articles précédens sur le cas où il n'y en a que deux, sont applicables à l'hypothèse où il y en a un plus grand nombre; or, le débiteur à le choix, suivant ces principes, lorsqu'il n'a pas été expressément réservé au créancier.

Voyez, quant aux legs de choses indéterminées, ce qui a été dit au tome IX, n° 259 et suivans, et aussi n° 356 *et seq.;* et pour les dettes alternatives, *vide* tome précédent, chap. IV, sect. III.

91. Quant aux dettes de numéraire, le paiement doit en être fait de la somme numérique portée au contrat, en espèces ayant cours alors, et pour leur valeur actuelle, soit qu'il y ait eu, depuis le contrat, augmentation ou diminution de valeur dans les monnaies. Le Code le décide ainsi en matière de prêt de consommation (article 1895), et la raison étant la même dans les autres obligations de sommes (ce qui eût dû porter peut-être les rédacteurs du Code à faire de cette décision, l'objet d'une règle générale placé au titre *des contrats ou des obligations conventionnelles en général*), il n'est pas douteux que, dans les ventes aussi, dans les louages, les transactions, les donations et autres semblables conventions, le débiteur ne doive également payer la somme numérique énoncée au contrat, en espèces comptées d'après leur valeur au jour du

paiement. Telle est aussi la décision de Pothier, dans son traité *du Prêt de consomption*, n° 36.

Ce que l'on considère principalement dans les monnaies, c'est la valeur que la loi y attache, parce que c'est cette valeur qui représente le prix des choses; c'est plutôt la somme que les espèces, que l'on a en vue: *In pecuniâ, non corpora quis cogitat, sed quantitatem*, L. 94, § 1, ff. *de solut. Ea materia formâ publicâ percussa usum dominiumque non tam ex substantiâ præbet, quàm ex quantitate*, L. 1, ff. *de contrah. empt.*

Telle était aussi la doctrine de Dumoulin, *Tract. de usuris*, n° 693 *et seq.*, et de Donneau *ad legem* 3, ff. *de rebus credit.*, n° 10 et 11, et qui avait été adoptée aussi dans notre ancienne jurisprudence. Mais d'autres docteurs, cités par Vinnius, *Instit. tit. quib. modis re contrah. oblig.*, ont toutefois soutenu le sentiment contraire. Selon eux, la valeur intrinsèque des monnaies, c'est-à-dire le titre et le poids, est pour le moins autant à considérer que la valeur légale, puisqu'il est démontré par une constante expérience que, lorsque par l'effet d'un changement dans la législation, cette dernière valeur surpasse considérablement la première, le prix des denrées et des autres choses nécessaires à la vie augmente dans la même proportion, ou à peu près, et qu'ainsi l'on ne peut plus se procurer avec la même somme ce qu'on pouvait obtenir à l'époque où, suivant un meilleure système d'économie politique, les deux valeurs étaient mieux en rapport: d'où ces auteurs

concluaient que celui qui a emprunté une somme, et qui la rend en espèces de même titre et de même poids, mais augmentées de valeur légale au jour du paiement, ou bien en espèces de même valeur légale, mais d'un titre ou d'un poids inférieur, ne rend pas réellement une valeur en touts points semblable à celle qu'il a reçue, et avec laquelle il a pu se procurer une plus grande quantité de denrées. Cela est démontré par les plus simples notions du change des monnaies d'état à état, et l'on peut dire a même chose dans les ventes et autres contrats; car si celui qui vend tel objet, à une époque où la valeur légale des monnaies est en parfait rapport avec leur valeur intrinsèque, est obligé ensuite de recevoir en paiement des espèces diminuées de valeur réelle, parce que la matière est maintenant moins bonne ou est en moindre quantité, ou bien des espèces de même matière et de même poids, mais dont la valeur légale est augmentée, il est clair qu'il ne reçoit pas la juste représentation de la valeur qu'avait la chose quand il l'a vendue. Et si l'on disait que la chance favorable existe aussi pour le débiteur, acheteur ou emprunteur, n'importe, on ne répondrait assurément pas à l'objection, puisque les parties n'ont point entendu faire un contrat aléatoire. Aussi, suivant ces auteurs, le paiement, dans le cas d'augmentation ou de diminution de valeur des espèces depuis le contrat, devrait être fait en espèces comptées pour la valeur qu'elles avaient au moment du prêt ou de la vente, ni plus ni moins. En consé-

quence, si, par exemple, la valeur légale d'une pièce de 5 francs actuelle était, depuis le contrat, portée à 5 francs 50 centimes, et que le paiement se fît en cette monnaie, cette pièce ne devrait encore être comptée, dans ce système, que pour 5 francs seulement, soit, dans le cas d'un prêt, que ce prêt eût été fait en d'autres espèces, soit qu'il eût eu lieu en cette monnaie; et, *vice versâ*, si cette pièce se trouvait réduite, depuis le prêt, à la valeur de 4 francs cinquante centimes (1), le débiteur aurait le droit de faire entrer dans son paiement pour 5 francs chaque pièce de cette sorte, dont la valeur légale se trouverait maintenant diminuée de 50 centimes. Il ne gagnerait rien lui-même à cette opération, puisqu'il lui aurait fallu autant de choses pour se procurer des pièces ayant acquis en valeur réelle ce qu'elles ont éprouvé de diminution en valeur légale.

Pothier, dans le cas où la monnaie a subi une augmentation de valeur simplement légale, semble bien convenir que ce dernier système est plus conforme à l'équité, mais il ne s'y attache cependant pas, attendu, dit-il, que c'est le premier qui a prévalu dans notre jurisprudence française.

92. Au surplus, comme, en matière de dépôt,

(1) En 1810, les anciennes pièces de 6 livres ont été réduites à 5 francs 80 centimes, ce qui, indépendamment de la différence du liard en moins pour la conversion des *livres* en *francs*, était une diminution de deux sous et demi. Les pièces de 3 livres ont été réduites, par la même mesure, à 2 francs 75 centimes.

c'est la même chose corporellement qui doit être rendue, si le dépôt a eu lieu des sommes monnayées il doit être restitué dans les mêmes espèces, soit qu'il y ait eu augmentation ou diminution de leur valeur (article 1922). Le déposant est toujours resté propriétaire des espèces déposées, et c'est pour lui par conséquent qu'elles ont augmenté ou diminué de valeur.

93. Et si un prêt était fait en espèces considérées dans le contrat non comme *somme*, mais *tanquàm corpora*, il faudrait rendre la même quantité en mêmes pièces, et uniquement cela, quoique ce ne fût point un simple commodat ou prêt à usage *ad ostentationem*, mais bien un prêt de consommation, c'est-à-dire un prêt avec pouvoir pour l'emprunteur de disposer des espèces comme propriétaire, à la charge d'en rendre de semblables, en même nombre et de même qualité. Tel serait le cas où je vous prêterais vingt pièces d'or de telle année, à condition que vous me rendrez la même quantité de pièces au même type. Dans ce cas, les espèces étant prêtées *ut corpora*, le prêt devrait être considéré comme un prêt de lingots, plutôt que comme un prêt de somme; or, lorsque ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtées, qu'elle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela. (Art. 1896 et 1897.)

Toutefois Pothier est d'un avis contraire, dans son traité *du Prêt de consomption*, n° 37. Il s'exprime ainsi sur ce point :

« Pourrait-on prêter, non une certaine somme, « mais une certaine quantité d'écus de six livres, « à la charge que l'emprunteur rendrait un pareil « nombre de même poids et aloi, soit qu'ils fussent « augmentés ou diminués ; et que, si les espèces « qu'il rendrait étaient de moindre poids et aloi, « il y suppléerait, de même qu'on le récompense-« rait si elles étaient d'un plus fort poids ou d'un « meilleur aloi ?

« Il semble que cette convention est valable ; ce « n'est point en ce cas la somme qui est la matière « du prêt, ce sont les espèces mêmes, *ipsa corpora*, « qui sont prêtées ; par conséquent, on doit rendre « pareil nombre d'espèces de pareils poids et qualité. « Je trouve néanmoins beaucoup de difficulté à ad-« mettre cette convention ; car le prince distribuant « sa monnaie aux particuliers pour leur servir de « signe de la valeur de toutes choses, elle n'appar-« tient aux particuliers que sous ce regard, et ne « peut par conséquent, que sous ce regard, faire « la matière des contrats de commerce, tels que le « prêt. On ne peut donc prêter la monnaie en elle-« même, mais seulement comme signe de la somme « qu'il a plu au prince de lui signifier ; et par con-« séquent, on ne peut obliger l'emprunteur à res-« tituer autre chose que cette somme ; et toute « convention contraire doit être rejetée, comme

« contraire au droit public et à la destination que
« le prince a faite de la monnaie.

« C'est en conséquence de ce principe que, lors-
« qu'il plaît au roi d'ordonner une nouvelle refonte
« des monnaies, et d'ordonner qu'il n'y aura que les
« espèces de la nouvelle refonte qui auront cours,
« que les anciennes espèces seront décriées et hors
« de cours, les particuliers sont obligés de porter
« aux monnaies ou chez les changeurs publics, les
« espèces qu'ils ont pardevers eux, pour les conver-
« tir en de nouvelles espèces ; car, ces espèces n'ap-
« partenant aux particuliers que comme signe de la
« valeur que le prince a voulu qu'elles représen-
« tassent, dès lors qu'il plaît au prince que ce ne
« soient plus ces espèces, mais d'autres, qui soient
« les signes représentatifs de la valeur des choses,
« les particuliers n'ont plus le droit de retenir ces
« espèces, mais il doivent les porter au roi, qui
« leur donnera à la place les nouvelles espèces qui
« doivent servir de signes de cette valeur.

« Contre ce que nous venons de décider, qu'on ne
« peut pas valablement convenir par un contrat de
« prêt d'argent que les espèces dans lesquelles la
« somme prêtée sera rendue, seront payées, non
« sur le pied de la valeur au temps du paiement,
« mais sur le pied de la valeur qu'elles avaient au
« temps du prêt, on oppose que cette convention
« est admise en fait de lettres de change. Je réponds
« que le contrat qui se fait par la lettre de change
« est très différent du contrat de prêt, comme nous

« l'avons établi au long dans notre *Traité des lettres*
« *de change*, n° 50. Ce contrat est un contrat d'é-
« change par lequel celui à qui la lettre de change
« est fournie, échange les espèces qu'il compte au
« tireur, contre celles qui lui seront comptées dans
« le lieu où la lettre de change est tirée : on ne peut
« donc pas argumenter de l'un à l'autre. »

Il nous semble que Pothier ne résout point du tout l'objection tirée, contre sa décision, de ce qui est admis en matière de lettres de change, lesquelles doivent être payées dans la monnaie qu'elles indiquent (art. 143, Code de comm.), à peine, par conséquent, de tous dommages-interêts pour le porteur de la lettre ; car, qu'importe, en ce qui touche l'objet de la question, les différences qu'il peut y avoir entre le contrat de change et le contrat de prêt ? Si les raisonnemens de cet auteur étaient concluans pour faire regarder comme contraire au bien public la convention dont il s'agit dans le cas d'un prêt, ils auraient la même force dans le cas d'une lettre de change. Le contrat de prêt n'est-il pas d'ailleurs mélangé du contrat d'échange ? Je vous donne vingt boisseaux de froment ou 100 francs, aujourd'hui, pour que vous me rendiez vingt boisseaux de froment ou 100 fr. dans un an : assurément il y a une commutation, un échange dans cette opération, quoique l'emprunteur ait, du reste, en principe, la faculté de se libérer avec les mêmes choses qu'il a reçues, s'il ne les a pas d'ailleurs laissées se détériorer

dans ses mains; c'est échange *quantitatis*, au lieu d'être échange *d'individus* : or si l'on peut faire cet échange dans le contrat de lettre de change, avec les effets dont nous venons de parler, sans que le droit public en souffre une atteinte, on doit pouvoir également le faire dans le prêt; mais la vérité est que le droit public n'est nullement blessé par cette convention, ni dans l'un ni dans l'autre contrat, attendu que la monnaie avec laquelle le paiement pourra être effectué n'en sera pas moins admise dans ce paiement pour la valeur que la loi y aura attachée; qu'il y aura seulement lieu à une question d'indemnité, indemnité qui s'estimera suivant la différence réelle des pièces prêtées, d'avec celles qui seraient rendues, eu égard au poids et au titre des unes et des autres, comme il y aurait lieu à la fixer si, dans une lettre de change qui indiquerait la monnaie dans laquelle elle devrait être payée, le débiteur déclarait ne vouloir pas ou ne pouvoir pas payer en cette monnaie. Ce qui blesserait le droit public, ce serait la convention qui, dans les ventes, les louages, les transactions, etc., porterait que le paiement ne pourra être fait en monnaie nouvelle, s'il venait à en être créé; ou bien, dans un prêt, la clause que le remboursement ne pourra avoir lieu que dans la seule monnaie comptée à l'emprunteur, même avec offre par lui d'indemnité s'il y échéait; car de semblables convention entraveraient bientôt la circulation des monnaies ayant cours légal; et encore l'on pourrait certaine-

ment faire de cette manière un simple commodat *ad pompam,* pour que les pièces prêtées dussent être restituées identiquement, ainsi que cela a lieu dans le dépôt, puisque dans l'un comme dans l'autre cas, la propriété des espèces ne serait pas transférée à celui qui les recevrait seulement comme corps certains et déterminés, et non *ut summa.*

94. Au surplus, les jurisconsultes mêmes qui pensaient que, quels que fussent les changemens opérés dans la valeur des monnaies entre le contrat et le paiement, le débiteur dût payer la somme numérique énoncée à l'acte, en monnaie ayant cours lors du paiement, et suivant sa valeur actuelle, et ne dût payer que cela, faisaient toutefois exception pour le cas où il a été mis en demeure de se libérer, lorsque c'est depuis la mise en demeure que la monnaie a subi une augmentation de valeur seulement légale, ou une diminution de valeur intrinsèque, la valeur légale étant restée la même; car alors le débiteur payant avec des espèces valant réellement moins qu'elles ne valaient à l'époque où il eût dû payer, son retard cause un préjudice au créancier, et il doit le réparer en payant aussi la différence. Cette décision est d'une justesse incontestable; il n'est personne en effet qui ne conçoive que si l'on doublait la valeur légale des monnaies actuelles, le prix des denrées ne doublât également, ou à peu près; donc le créancier éprouverait un préjudice par le fait du retard que le débiteur aurait

apporté à sa libération, si celui-ci pouvait faire admettre la nouvelle monnaie dans son paiement pour la valeur légale qu'elle aurait alors; or, tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. (Art. 1382.)

Art. XI.

Du Paiement de dettes de corps certains.

95. Le débiteur d'un corps certain et déterminé doit le délivrer dans l'état où il se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure. (Art. 1245.)

Il résulte de cette disposition que le débiteur est non seulement responsable des détériorations qui seraient survenues à la chose par sa faute ou celle des personnes dont il doit répondre; mais encore de celles qui seraient simplement le résultat de son fait, quoiqu'il n'y eût pas de faute de sa part dans le sens usuel et naturel de ce mot. Tel serait le cas ou un héritier, dans l'ignorance du prêt qui avait été fait d'une certaine chose par un tiers à son auteur, ou bien de la vente ou même du legs que celui-ci aurait faits de cette chose à quelqu'un, aurait lui-même prêté ou loué l'objet à une personne qui l'aurait fait ou laissé périr; assuré-

ment cet héritier ne serait point en faute dans le sens ordinaire de ce mot, puisqu'il croyait user de sa propre chose, et néanmoins il serait responsable de la perte, sauf à lui son recours contre celui à qui il avait remis la chose ; car on ne peut se libérer par son propre, fait, quoique ce fait fût exempt de faute (1). C'est ainsi que, suivant le § 16 aux Institutes, au titre *de legatis*, l'héritier chargé du legs d'un certain esclave par un codicille dont il ignorait l'existence, n'est pas libéré par l'affranchissement de cet esclave, ou par le don qu'il en a fait à quelqu'un qui l'a affranchi ; il n'en doit pas moins payer l'estimation de l'esclave au légataire.

La décision ci-dessus aurait lieu, encore que la chose eût péri entre les mains du tiers par cas fortuit, si elle n'eût pas dû également périr chez le créancier si elle eût été dans ses mains, ou eût péri chez l'héritier s'il ne l'eût point prêtée lui-même ou louée : le tiers serait bien libéré envers l'héritier, mais non celui-ci envers son propre créancier.

96. Mais lorsque les détériorations survenues à la chose chez le débiteur auraient dû également arriver dans le cas où elle eût été livrée au créancier, la mise en demeure même du débiteur ne les lui fait pas supporter, parce que l'intérêt est la me-

---

(1) Cependant en matière de dépôt, si l'héritier du dépositaire a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, il n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix. (Art. 1935.)

sure des actions, et qu'il y a même raison pour les simples détériorations que pour la perte totale de la chose; or, dans le cas de perte totale, le débiteur n'est pas moins libéré lorsque cette perte est arrivée par cas fortuit, quoiqu'elle ait eu lieu depuis la mise en demeure, lorsque la chose eût dû également périr chez le créancier si elle lui eût été livrée quand elle devait l'être. (Art. 1302).

Art. XII.

Dans quel lieu le paiement doit être fait, et quel est le tribunal compétent pour connaître de la demande.

97. Suivant l'art. 1247, « le paiement doit être « exécuté dans le lieu désigné par la convention (1).

« Si le lieu n'y est pas désigné et qu'il s'agisse « d'un corps certain et déterminé, le paiement doit « être fait dans le lieu où était, au temps de l'obli- « gation, la chose qui en fait l'objet.

« Hors ces deux cas, le paiement doit être fait « au domicile du débiteur. »

Ainsi, l'on ne prend point en considération le lieu où a été passé le contrat.

98. Dans les ventes d'objets mobiliers, s'il n'a rien été réglé sur le jour et le lieu où le prix de la vente doit être payé, le paiement doit être effectué au temps et au lieu où doit se faire la délivrance

---

(1) *Is qui certo loco dare promisit, nullo alio loco, quàm in quo promisit solvere, invito stipulatore potest.* L. 9, ff. *de eo quod certo loco.*

(art. 1651). Mais si le vendeur a fait terme à l'acheteur, et qu'il n'y ait pas de lieu désigné pour le paiement du prix, on rentre dans la règle générale, et en conséquence, il doit être fait au domicile du débiteur ou acheteur.

Quant à la délivrance de la chose vendue, ce qui est le paiement de l'obligation du vendeur, s il n'y a pas de lieu désigné où elle doive être faite, il faut distinguer : si l'objet est un corps certain, comme tel cheval, cent hectolitres de froment contenu dans tel grenier, la délivrance doit être faite au lieu où se trouve la chose au temps du contrat; mais si l'objet est indéterminé, comme cent hectolitres de froment en général, ou un cheval non désigné, la délivrance doit être faite au domicile du vendeur, qui est débiteur de l'objet; et cela a lieu soit que le prix eût été payé avant la délivrance, soit qu'il dût l'être au temps où elle doit être faite, soit enfin que le vendeur eût fait terme à l'acheteur.

Dans le dépôt, si le contrat désigne le lieu où la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y apporter la chose déposée; mais s'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant (art. 1942). Si le contrat ne désigne pas le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt. (Art. 1943).

Le Code ne s'explique pas sur le lieu où la chose prêtée à usage doit être rendue, mais nous pensons qu'elle doit l'être au lieu ou elle a été prêtée, à moins de convention contraire, ou de circons-

tances qui donneraient lieu de croire que les parties ont entendu que la restitution devait se faire dans un autre endroit.

Quant au prêt de consommation, le Code ne s'explique pas non plus positivement sur le lieu où la restitution doit s'en faire, quand il n'y a pas de convention à ce sujet. Nous croyons qu'il faut distinguer : s'il s'agit de denrées et qu'il n'y a pas de lieu spécialement convenu pour la restitution, elle doit être faite au lieu où l'emprunt a été fait (art. 1903, 2e alinéa, par argument); autrement si l'emprunteur pouvait faire le paiement à son domicile, comme dans les cas ordinaires, et que les denrées prêtées y eussent moins de valeur qu'au lieu où il les a reçues, le créancier éprouverait un véritable préjudice; il recevrait en réalité une valeur moindre que celle qu'il a prêtée; tandis que si les denrées valaient moins, lors de la restitution, au domicile du prêteur qu'au sien, le débiteur voudrait probablement les rendre chez le prêteur; en sorte que la chance favorable serait toute pour lui, ce qui ne serait pas juste. Nous le décidons ainsi lors même que le prêt serait avec intérêt; car cette circonstance est indifférente quant au lieu où la restitution doit être faite. Mais dans le prêt de numéraire, et surtout lorsque l'emprunteur a donné son billet purement et simplement, sans indication du lieu pour la restitution, comme il n'y a pas les mêmes inconvéniens que dans les prêts de denrées, on peut raisonnablement croire que cet emprun-

teur, dont le créancier a suivi la foi comme dans les autres obligations avec terme, a entendu payer à son domicile, et que le créancier y a consenti.

99. Au surplus, et ainsi que nous l'avons dit en traitant *du domicile* (1), l'indication d'un lieu où doit se faire le paiement n'attribue point, en matière non commerciale, compétence au tribunal de ce lieu pour connaître de la demande : elle n'est point la même chose qu'une élection de domicile pour l'exécution de l'acte, dans le sens des art. 111 du Code civil et 59 du Code de procédure. Le débiteur, en cas de non paiement, n'en doit pas moins, la matière étant personnelle, être assigné devant le tribunal de son domicile, et s'il n'a pas de domicile connu devant celui de sa résidence, conformément à ce dernier article. C'est aussi au domicile réel du débiteur, ou au lieu de sa résidence s'il n'a pas de domicile connu, que les significations relatives à l'acte doivent être faites. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, par arrêt de cassation, du 29 octobre 1810 (2). L'arrêt a décidé que les significations faites au lieu simplement indiqué pour le paiement d'un billet non commercial étaient nulles, parce que cette indication ne constituait point une élection de domicile pour l'exécution de l'acte, dans le sens de l'art. 111 du Code civil.

---

(1) Tome I, n° 378.

(2) Sirey, 1810-1-378.

Et en effet, ce Code, dans l'article 1258, n° 6, distingue bien clairement l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'acte, de la simple indication d'un lieu pour le paiement, puisqu'après avoir dit que les offres seront faites *au lieu dont on est convenu pour le paiement*, il ajoute qne s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, les offres devront être faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, *ou au domicile élu pour l'exécution de la convention.* Donc l'indication d'un lieu pour le paiement n'est point une élection de domicile pour l'exécution de l'acte, dans le sens de l'art. 111 du Code civil, c'est-à-dire pour que le créancier puisse former la demande devant le tribunal dans l'arrondissement duquel ce lieu est situé. L'art. 420 du Code de procédure, placé sous le titre *de la procédure devant les tribunaux de commerce*, porte, il est vrai, que « le demandeur peut assigner, « à son choix, devant le tribunal du domicile du « défendeur, devant celui dans l'arrondissement « duquel la promesse a été faite et la marchandise « livrée, et *devant celui dans l'arrondissement du-* « *quel le paiement devait être effectué ;* » mais c'est là une disposition spéciale, seulement relative aux obligations commerciales.

100. En sens inverse, l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'acte n'est point par elle-même une indication du lieu où le paiement doit être fait; c'est une indication du lieu où pourront être faites

les significations, poursuites et demandes relatives à cet acte, une indication de lieu pour l'exécution forcée ou judiciaire. Le paiement, à défaut de convention sur le lieu où il devait être effectué, doit être fait au domicile du débiteur, ou, s'il s'agit d'un corps certain, au lieu où était cet objet lors de la convention, ainsi que le veut l'art. 1247; sauf, comme nous l'avons dit au tome I[er], n° 377, les cas où les termes de l'acte ou les circonstances du fait démontreraient que l'intention des parties a été aussi d'indiquer le lieu désigné comme étant celui où le paiement devait être fait.

101. Dans les obligations qui n'ont pas pour objet un corps certain, le paiement doit bien, d'après l'art. 1247, être fait au domicile du débiteur, si un autre lieu n'a pas été indiqué dans la convention; mais, en général, cela doit s'entendre du domicile qu'avait le débiteur au moment du contrat, ou du moins de celui qu'il aurait pris ensuite dans le même endroit, et non pas du domicile qu'il aurait pris depuis dans un autre lieu éloigné, s'il devait résulter un préjudice pour l'une ou l'autre des parties de ce que le paiement se ferait dans ce nouveau lieu. Or, dans les dettes de denrées, comme le prix de ces denrées varie en raison des localités, l'on sent que l'une ou l'autre des parties pourrait éprouver un désavantage si le débiteur avait, depuis le contrat, transporté son domicile dans un endroit où les denrées qu'il doit

seraient plus chères ou moins chères que dans le lieu où était son premier domicile, lieu où il s'attendait d'abord à les livrer, et le créancier à les y recevoir. Faute d'indication d'un autre lieu dans le contrat, les parties sont censées être convenues de celui où le débiteur avait alors son domicile, puisque la loi elle-même, dans leur silence à cet égard, en faisait l'indication ; elles s'en sont rapportées à la loi, et c'est comme si elles avaient fait une indication spéciale du lieu du paiement, parce que, *quæ sunt moris et consuetudinis, in contractibus tacitè veniunt*, Pothier décide, avec Dumoulin, que lorsqu'il a été convenu que le paiement serait fait au domicile du créancier, celui-ci ne peut pas, en transportant son domicile ailleurs, nuire au débiteur, s'il était plus avantageux à ce dernier de payer à l'ancien domicile du créancier : or, la raison est la même dans le cas où c'est le débiteur, au domicile duquel le paiement devait être fait, qui a changé de domicile, peut être en vue de tirer un profit de ce changement. En un mot, le silence des parties sur le lieu du paiement est une indication tacite du lieu où le débiteur avait son domicile lors du contrat, et cette indication tacite doit avoir le même effet que si les parties l'avaient faite expressément.

102. Mais cela ne fait rien quant à la compétence en matière non commerciale : à défaut d'élection spéciale du domicile pour l'exécution de l'acte, le

débiteur devra toujours être assigné au tribunal de son domicile actuel, ou, s'il n'est pas connu, au tribunal de sa résidence, conformément à l'art. 59 du Code de procédure, parce que dans ces sortes d'obligations, la matière, même aujourd'hui, est personnelle. D'après la loi 2 au Code, *de jurisdictione omnium judicum, et de foro competenti*, le débiteur (par conséquent en matière personnelle) devait être assigné au tribunal de son domicile actuel, ou au tribunal du domicile qu'il avait lors de la convention, s'il en avait changé : *ubi domicilium habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc posteà transtulerit, ibi tantùm eum conveniri oportet ;* et par domicile au temps du contrat, l'on entendait celui où le débiteur devait payer la dette (1). Mais comme nous l'avons dit plus haut, dans les matières non commerciales, le lieu où doit être fait le paiement n'est point nécessairement, dans le droit actuel, celui devant le tribunal duquel le débiteur doit être poursuivi ; au lieu que l'art. 59 du Code de procédure n'a égard, en matière personnelle ordinaire, qu'au domicile actuel du défendeur, ou au domicile élu.

---

(1) *Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est, ubi domicilium habet.*

At ubi quisque contraxerit contractum autem non utiquè eo loco intelligitur quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia. LL. 1, 2 et 3, ff. *de rebus auctorit. judicis possid.*

Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligavit. L. 21, ff. *de oblig. et act.*

Art. XIII.

A quelle mesure se fait la délivrance, et à la charge de qui sont les frais du paiement.

103. Si des fonds sont vendus à tant la mesure, ou pour un seul prix, avec indication de la contenance, que les parties ne se soient pas expliquées sur l'espèce de mesure, et qu'il y ait de la différence entre celle du lieu où le contrat a été passé et celle du lieu où sont situés les biens, on est censé, dans le doute, avoir eu en vue cette dernière mesure. Et si c'était des denrées, les parties seraient aussi censées, dans le doute, avoir eu en vue la mesure du lieu où les choses devaient être livrées. Dans l'hypothèse où cette mesure serait plus favorable au vendeur, on ne pourrait argumenter contre lui de la règle que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre lui (art. 1602), ni de cette autre règle que ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé (article 1159); il y aurait lieu d'appliquer à la cause le principe que l'on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes; or, il est à présumer qu'elles ont entendu que la délivrance se ferait à la mesure du pays où elle devait avoir lieu. Tel est le sentiment de Voët, *ad Pandectas*, tit. *de solut.* n° 8. Au surplus, les circonstances de la cause pourraient porter à décider, au contraire, que les parties ont entendu traiter à la me-

sure du lieu où la convention a été arrêtée; mais cela ne devrait pas facilement se présumer.

104. Les frais du paiement sont à la charge du débiteur. (Art. 1248.)

Ainsi, s'il exige une quittance pardevant notaire, c'est à lui à en payer le coût, et les droits d'enregistrement.

C'est même à lui à payer le coût de la feuille de papier marqué de la quittance sous signature privée dont il se contente.

105. Les frais de mesurage des denrées dont il fait la délivrance sont également à sa charge, et ceux d'enlèvement à la charge du créancier; le tout, sauf stipulation contraire. Le Code le décide ainsi en matière de vente (art. 1608), et il y a même raison dans les autres contrats commutatifs. Par conséquent, les frais d'arpentage des fonds vendus à tant la mesure, ou même avec simple indication de la contenance, sont pareillement à la charge du vendeur; car, même dans ce dernier cas, c'est à lui à justifier qu'il a livré la contenance indiquée au contrat, puisque c'est par là qu'il obtient la libération de son obligation de livrer.

106. Pothier pensait que le coût de transit pour l'enlèvement des vins doit être payé par le vendeur, à moins de convention contraire. C'est la proposition inverse qu'il faut soutenir, car le congé ou transit fait partie des frais d'enlèvement comme

droit de circulation ; c'est une sorte de droit de mutation de propriété. D'ailleurs, suivant Pothier lui-même, le débiteur doit simplement fournir au créancier les moyens d'enlever la chose due, et rien de plus. Quand il remet les clefs des lieux où sont contenues les denrées, et qu'il a fait le mesurage ou le compte, s'il y en a à faire, il remplit donc son obligation en son entier, et le droit à payer pour la circulation ne le regarde pas. Il faudrait même le décider ainsi, quoique le propriétaire qui vend le vin contenu en son cellier se chargeât de *le faire conduire* à tel endroit ; il n'est pas censé pour cela se charger du coût du droit de mouvement, mais seulement des frais de voiture ou de transport. Il en serait toutefois autrement, sauf convention contraire, dans le cas où quelqu'un vendrait du vin, par exemple, *livrable* en tel endroit; et si c'était en telle ville, le droit d'octroi serait même supporté par le vendeur, car il faudrait qu'il *livrât* dans le lieu indiqué, et par conséquent, qu'il se chargeât des moyens d'y faire parvenir la marchandise. Si j'achète d'un propriétaire d'Orléans, ou d'un marchand de vin de cette ville, n'importe, six pièces de vin pour ma provision, *livrables* dans ma cour, à Paris, il est clair que mon intention a été de les recevoir franches et quittes de tous droits, moyennant le prix fixé. Le prix, au surplus, pourrait éclairer sur l'intention des parties en ce qui concernerait du moins le droit d'octroi, qui est fort considérable dans les villes populeuses.

107. Les frais d'enregistrement des promesses sous seing privé, faits avant l'échéance, ne sont à la charge du débiteur qu'autant qu'il a refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette. Loi du 3 septembre 1807, art. 2, Bull. nº 2741.

§ II.

Du Paiement avec subrogation.

SOMMAIRE.

108. *Ce qu'on entend par subrogation de personnes.*

109. *La subrogation de personne à personne est de deux sortes : conventionnelle, ou légale.*

110. *Les successions sont aussi des subrogations d'une personne à une autre.*

111. *Dans les subrogations à titre universel, une chose est plus facilement regardée comme subrogée à une autre, que dans les subrogations spéciales.*

112. *Différens cas de subrogation réelle, ou d'une chose à une autre.*

113. *Droit romain touchant ce que nous appelons* subrogation.

114. *Le mot* cession *a été pris par les anciens jurisconsultes français dans un sens bien moins déterminé qu'il ne l'est par le Code.*

115. *Il ne faut pas confondre la subrogation opérée même par cession proprement dite, avec la novation opérée même par changement du créancier.*

116. *La subrogation conventionnelle a lieu dans deux cas : par le consentement du créancier, et par le consentement du débiteur ; développemens du premier cas.*

117. *Si le tiers a payé la dette sans se faire subroger, et que la loi ne le subroge point, la créance est absolument éteinte avec tous ses accessoires; sauf le recours du tiers contre, le débiteur, mais par une autre action.*

118. *La subrogation doit être expresse, c'est-à-dire sans qu'il y ait d'incertitude à cet égard; divers exemples.*

119. *La subrogation* aux droits *du créancier*, à son action, à la créance, *comprend aussi les priviléges, hypothèques, et cautionnemens.*

120. *Il est indifférent que le tiers déclare payer en son nom ou au nom du débiteur; la subrogation aura lieu si le créancier l'a consentie.*

121. *Le créancier, en subrogeant, vend en quelque sorte sa créance au tiers.*

122. *Différence néanmoins entre la cession ou transport proprement dit, et le cas d'un paiement fait par un tiers avec subrogation.*

123. *La subrogation est principalement utile lorsqu'il y a des priviléges, hypothèques ou cautionnemens attachés à la dette; elle peut cependant procurer avantage encore sous quelques autres rapports.*

124. *Le subrogé doit faire connaître au plus tôt au débiteur le paiement qu'il a fait, pour que celui-ci ne paie pas de son côté.*

125. *Il est nécessaire aussi qu'il assure à son paiement une date certaine par rapport aux créanciers du créancier qui viendraient à saisir la créance dans les mains du débiteur, et par rapport aussi aux tiers à qui le créancier céderait ensuite la créance, nonobstant le paiement.*

126. *Il n'est pas de rigueur, au surplus, pour qu'il puisse se prévaloir de la subrogation à l'égard des tiers, que les titres de la créance lui aient été remis, sauf les cas de lettres de change et de billets à ordre.*

127. *Suite et développemens.*

128. *Le débiteur peut opposer au tiers subrogé les exceptions et fins de non-recevoir qu'il pourrait opposer au créancier si c'était celui-ci qui le poursuivît : modification en certains cas.*

129. *Subrogation conventionnelle consentie par le débiteur: motifs de cette subrogation.*

130. *Ancienne jurisprudence sur ce point, et conditions requises d'après le Code pour que cette subrogation ait lieu.*

131. *Elle s'opère sans le concours de la volonté du créancier ; ce qu'il faut faire lorsqu'il ne veut pas recevoir le paiement et donner la quittance en la forme requise.*

132. *La déclaration que le paiement a été fait des deniers prêtés par le tiers doit être dans la quittance même.*

133. *Il n'est pas de rigueur, du reste, que le débiteur déclare expressément subroger le prêteur ; mais il faut qu'il soit déclaré dans l'acte d'emprunt, que l'emprunt est fait pour payer la dette.*

134. *Motifs des formalités prescrites pour cette subrogation.*

135. *Il est indifférent que ce soit le prêteur ou le débiteur qui fasse le paiement.*

136. *La loi ne fixe pas le temps dans lequel le paiement doit être fait : observations à ce sujet.*

137. *La subrogation peut produire ses effets même quant aux hypothèques, quoique les biens soient sortis de la main du débiteur, à la différence du droit romain : réfutation de l'opinion contraire émise par quelques auteurs sous le Code.*

138. *Différence, dans les effets, entre cette subrogation et celle qui est consentie par le créancier.*

139. *Outre l'action du créancier, le subrogé prêteur a l'action du prêt contre le débiteur ; mais quand il est payé sur l'une de ces actions, l'autre est éteinte.*

140. *Un créancier hypothécaire, par exemple une femme mariée, peut, en s'obligeant, consentir la subrogation à son hypothèque.*

141. *Mais, en principe, un créancier n'a pas le droit d'être payé par préférence aux autres sur le produit d'une créance qu'a le débiteur commun sur un tiers, quoique sa créance fût la première en date, et qu'il eût fait saisir le premier.*

142. *C'est pour cette raison qu'il est avantageux d'être subrogé à l'hypothèque de celui avec qui l'on traite : développemens.*

143. *Celui qui a pour obligés solidaires le mari et la femme n'est point par cela seul subrogé à l'hypothèque légale de cette dernière.*

144. *Mais il l'est indirectement si les deux époux, en s'obligeant solidairement, hypothèquent un immeuble sur lequel porte l'hypothèque légale de la femme.*

145. *Dans l'exercice de la subrogation à l'hypothèque légale, le créancier de la femme est colloqué au rang fixé par l'art.* 2135 *; mais il importe beaucoup de distinguer pour quels objets la femme lui a consenti la subrogation : diverses distinctions à cet égard, et conséquences.*

146. *Transition à la subrogation légale.*

147. *Doctrine de Dumoulin sur ce sujet.*

148. *Texte de l'art.* 1251.

149. *La subrogation légale a lieu,* 1° *en faveur de celui qui paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques.*

150. *Il y avait dans le droit romain, quant à cette subrogation, une raison particulière tirée du système hypothécaire en usage, qui n'existe pas dans notre droit : développemens.*

151. *Si le créancier antérieur en ordre d'hypothèque ne veut pas recevoir son paiement, le créancier postérieur peut lui faire des offres réelles et consigner.*

152. *La subrogation légale ne paraît pas exister, d'après le Code, et mal à propos, au profit du créancier hypothécaire qui en paie un autre postérieur en ordre d'hypothèque.*

153. *Mais elle a lieu, d'après le Code, au profit de celui qui n'a ni privilége ni hypothèque, et qui paie un créancier privilégié ou hypothécaire.*

154. *La subrogation a lieu pour les intérêts comme pour le capital, mais non pour les intérêts d'intérêts.*

155. *Le créancier qui, en faisant novation, se réserve ses priviléges et hypothèques pour la nouvelle créance, est censé se subroger à lui-même.*

156. *La subrogation légale a lieu,* 2° *au profit de l'acquéreur d'un*

immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué.

157. *L'acquéreur qui paie les créanciers hypothécaires en sus de son prix est pareillement subrogé.*

158. *Mais l'acquéreur qui les aurait payés avant la vente n'aurait pas la subrogation légale.*

159. *But de la loi en établissant cette subrogation.*

160. *Le légataire particulier ou le donataire qui a acquitté la dette hypothécaire dont l'immeuble légué était grevé, est subrogé aux droits du créancier vis-à-vis ausssi d'autres créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque ; et la subrogation s'étend aussi sur les autres biens affectés à la même dette.*

161. *L'acheteur de partie d'immeubles hypothéqués à une même dette a-t-il la subrogation légale contre les autres détenteurs, pour ce qu'il a payé au-delà de son prix au créancier hypothécaire? Les anciens principes la lui refusaient; le Code paraît la lui accorder.*

162. *Mais il doit se faire une répartition entre les divers détenteurs, en cas d'insolvabilité du débiteur : base de cette répartition, et exemple.*

163. *La proposition généralisée.*

164. *Quant aux biens hypothéqués à la même dette qui se trouvent encore dans la main du débiteur, l'exercice de la subrogation présente moins de difficulté.*

165. *Les mêmes décisions s'appliquent aussi, en général, à un légataire ou donataire à titre particulier, qui a payé les dettes hypothécaires, vis-à-vis d'autres détenteurs à titre gratuit ou même onéreux.*

166. *La subrogation légale a lieu, 3° au profit de celui qui, étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter.*

167. *Ainsi elle a lieu au profit du débiteur solidaire qui a payé au-delà de sa part dans la dette commune.*

168. *Et la subrogation conventionnelle n'aurait pas des effets plus*

étendus en faveur de ce débiteur, que ceux de la subrogation légale : controverse, et démonstration de la proposition.

169. *La subrogation a lieu aussi au profit de celui qui était tenu avec d'autres au paiement d'une dette indivisible, quoique sans solidarité.*

170. *Et en faveur de la caution ou du cofidéjusseur qui a acquitté la dette : diverses hypothèses.*

171. *Le créancier ne doit donc pas détruire les avantages de la subrogation en ce qui concerne les priviléges et hypothèques, à peine d'être non recevable dans sa demande contre la caution : droit ancien à cet égard, et comment doit être entendu l'article* 2037 *du Code.*

172. *Les endosseurs de lettres de change et billets à ordre, et les donneurs d'aval, qui ont payé l'effet, sont subrogés de plein droit à l'action du porteur contre tous ceux qui leur devaient la garantie, pourvu qu'ils aient rempli les formalités prescrites par la loi.*

173. *La subrogation légale a même lieu au profit de ceux qui paient l'effet par simple intervention, à la charge de remplir les devoirs du porteur.*

174. *Renvoi* suprà *quant aux acquéreurs, légataires ou donataires à titre particulier d'immeubles hypothéqués, qui y ont payé les dettes hypothécaires.*

175. *Celui des héritiers ou autres successeurs à titre universel, qui par l'effet de l'hypothèque a payé au-delà de sa part dans la dette commune, est subrogé aux droits du créancier contre ses cohéritiers ou cosuccesseurs, mais seulement contre chacun d'eux pour sa part, même dans le cas où il se serait fait subroger conventionnellement : application du principe au cas de dettes chirographaires et de legs de choses mobilières, à raison des articles* 1017 *et* 2111, *lorsqu'il y a des immeubles dans la succession.*

176. *La circonstance qu'une dette non divisible contractée par plusieurs sans solidarité est avec hypothèque, fournie par*

personnel au créancier, à ses héritiers et au cessionnaire par transport du surplus de la créance.

189. *Développemens de la proposition, et exemple.*

ART. Ier.

Observations préliminaires.

108. On entend ici par subrogation, une fiction de droit qui fait entrer une personne dans la place d'un créancier, pour exercer ses droits quant à sa créance.

C'est une substitution d'une personne à une autre relativement à cette créance et aux droits, même réels ou hypothécaires, qui y sont attachés; aussi l'appelle-t-on assez souvent *subrogation personnelle*, ou de personne à personne, pour la distinguer de la subrogation *réelle*, ou d'une chose à la place d'une autre; mais il n'est point question ici de cette dernière.

109. La subrogation de personne à personne est de deux sortes : la conventionnelle, et celle qui résulte de la seule disposition de la loi. (Art. 1249.) La différence n'est toutefois que dans la source ou la cause de la subrogation elle-même, et non dans les effets, qui sont les mêmes en général, de quelque cause qu'elle dérive, pourvu que ceux de la conventionnelle n'aient point été restreints par quelque stipulation particulière, ou par la forme de la convention par laquelle on l'a consentie.

110. Quelques auteurs, tel que Renusson (1), regardent comme une subrogation le fait d'acceptation d'une succession, attendu, disent-ils, que *nihil aliud est hereditas, quàm successio in universum jus quod defunctus habuit.* L. 24, ff. *de regul. juris.* C'est la subrogation ou substitution d'une personne à une autre, pour tout ou partie des droits de celle-ci, et en même temps de ses obligations. Mais ce n'est point non plus de cette espèce de subrogation qu'il s'agit dans le titre que nous expliquons. En matière de succession aussi, dans les cas où il y a lieu au bénéfice de la représentation, on peut dire que le représentant est subrogé au représenté; car la représentation est une fiction de la loi qui fait entrer une personne dans la place et dans le degré d'une autre personne, à l'effet d'exercer les droits qu'elle aurait eus dans une succession, si elle eût survécu à celui de l'hérédité duquel il sagit. (Art. 739.)

111. Ces auteurs disent aussi que quand il y a subrogation de personne à personne pour l'universalité ou une quote-part des biens, une chose est facilement subrogée à une autre ; mais ils tiennent pour principe que, hormis ces cas, la subrogation n'a lieu qu'en vertu d'une stipulation ou d'une disposition particulière de la loi, soit qu'il s'agisse

---

(1) Cet auteur a fait un traité spécial de la matiere des subrogations, que l'on peut lire avec fruit.

de créances, soit qu'il s'agisse de choses corporelles, c'est-à-dire de subrogation réelle.

Ainsi, suivant les lois 70, § 3; 71 et 72, ff. *de legatis* 2°; si un héritier, chargé par le testateur de restituer, à sa mort, ce qui restera de l'hérédité, *quod supererit*, a vendu certaines choses de cette hérédité, et, du prix qui en est provenu, en a acheté d'autres, ces dernières choses sont comprises dans la substitution fidéicommissaire. Le Code nous fournit un exemple d'une semblable subrogation : d'après l'art. 132, si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée après l'envoi en possession définitif, il recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui ont été aliénés, ou *les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix des biens vendus*. Les biens acquis sont ainsi subrogés à ceux qui ont été vendus.

Au lieu que lorsqu'il ne s'agit que de choses non dépendantes d'une universalité de biens, la subrogation n'a pas lieu, si une loi spéciale ne l'a établie pour le cas qui se présente. Ainsi, suivant la loi 8 au Code, *si quis alteri sibi*, etc., *Quod ex meâ pecuniâ ab alio emptum est, non est meum*. D'après la loi 4 au Code, *commun. utriusque jud.*, *Quod ex pecuniâ communi emptun est, non est commune*. De même, *Quod ex re furtivâ redigitur, furtivum non esse nemini dubium est;* L. 48, § *ult.* ff. *de furtis*. Et *Nec dotalis quæ ex re dotali provenit;* L. 12 au Code, *de jure dotium*, et art. 1553 du Code civil. Enfin, *Res ex nummis pigneratis empta, non est pignerata ob hoc solum*

quod pecunia pignerata erat; L. 7, § 1, ff. *qui potiores in pign. habeantur.*

Le droit romain contenait néanmoins quelques exceptions, introduites en faveur de certaines personnes, par exemple, *Si empta esset ex pecuniâ militis;* L. 8, Cod. *de rei vindic. Vel ex pecuniâ pupilli aut adulti;* L. 3 au Code, *arbitrium tutel.;* et L. 2, ff. *quandò ex facto tut.* Dans ces cas, il y avait subrogation de la chose acquise, à la somme qui avait servi à la payer.

112. L'article 747 du Code civil subroge à la chose donnée par l'ascendant au descendant mort sans postérité, et aliéné par ce dernier, le prix de la vente, lorsqu'il est encore dû à la mort du donataire.

Et pareille disposition se trouve dans l'art. 766, au profit des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel. Ce sont là des cas de subrogation réelle. Il en est encore quelques autres : par exemple, l'héritage échangé contre l'immeuble dotal est subrogé à l'ancien. (Art. 1559.)

Il en est de même de celui qui est acquis avec les deniers dotaux, si toutefois la condition de l'emploi a été stipulée par le contrat de mariage. (Art. 1553.)

Pareillement, les biens acquis avec les deniers provenant d'une substitution, sont grevés de restitution. (Art. 1066, 1067 et 1069 analysés.)

Enfin, cela a lieu également dans les cas d'échange

ou d'acquisition ou remploi d'immeubles propres de communauté. (Art. 1407, 1434, 1435.)

115. Dans le droit romain, ce que nous appelons *subrogation* était tantôt une cession des actions du créancier à une autre personne ; tantôt la simple succession de cette personne à la place du créancier quant à sa créance, ses priviléges et hypothèques, mais sans cession ; quelquefois l'effet d'une convention intervenue entre un débiteur et quelqu'un qui lui prêtait des deniers pour payer un créancier hypothécaire ; enfin, dans certains cas, la justice elle-même, au refus du créancier de céder ses actions à une personne, lorsque l'équité cependant le demandait, le forçait à faire cette cession.

C'était quatre causes de subrogation ou de substitution d'une personne à la créance et aux droits d'une autre relativement à cette créance.

Ainsi, 1° lorsqu'un créancier, en recevant son paiement de l'un des débiteurs solidaires, ou du fidéjusseur, lui cédait ses actions contre les autres codébiteurs, ou contre le débiteur principal, le cessionnaire prenait la place du créancier, et pouvait exercer l'action de celui-ci, ainsi que les priviléges et hypothèques qui étaient attachés à la créance. Il était assimilé à un acheteur du droit. Et si le créancier voulait contraindre le fidéjusseur à payer pour le débiteur principal, ou un codébiteur solidaire à payer toute la dette, sans vouloir lui cé-

der ses actions, il pouvait être écarté dans sa demande par l'exception *cedendarum actionum*. Cette exception n'était pas, il est vrai, fondée sur le droit pur, car le créancier ne s'était point soumis à céder ses actions, mais elle était fondée sur l'équité (1), ce qui avait suffi pour qu'elle fût admise par le droit prétorien. Le Code civil a même rendu cette cession inutile, en établissant la subrogation de plein droit au profit du codébiteur solidaire ou de la caution qui a payé la dette. (1251-3°, et autres.)

2° Le créancier hypothécaire qui payait un autre créancier ayant hypothèque sur la même chose, et antérieurement à lui, était mis au lieu et place de celui-ci par le fait seul du paiement, sans qu'il fût besoin de cession de la part du créancier payé. Cela s'appelait *successio in locum prioris creditoris* (2); c'était une subrogation de plein de droit, et le Code civil en a fait pareillement un cas de subrogation légale, ainsi qu'on le verra dans la suite.

3° Le droit romain autorisait un débiteur qui empruntait une somme pour payer un créancier hypothécaire, à consentir au prêteur une hypothèque semblable, quant au rang et aux effets, à celle du créancier payé, pourvu toutefois que la

---

(1) *Istud jus et exceptio cedendarum actionum, non fundatur nec debetur stricto jure, sed ex æquitate, et specialiter ex illa æquitate, ut id saltem, is qui petit solutionem, consequatur quod sine dispendio cedentis futurum est.* Dumoulin, *de usuris, quæst.* 89, n° 672.

(2) Voyez au Digeste, le titre *qui potiores in pignore vel hypothecâ habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt;* et au Code, celui *de* *squi* *in priorum creditorum locum succed.*

chose fût encore dans sa main (1). Cela était considéré comme une *succession* du prêteur de deniers au lieu et place du créancier. Et les effets, quant à l'hypothèque, étaient les mêmes que s'il y avait eu cession d'action, quoique cette espèce de subrogation n'eût certainement point pour principe le consentement du créancier, mais bien seulement celui du débiteur et du prêteur : aussi ne disait-on pas que c'était la même hypothèque, mais une hypothèque semblable. Cette subrogation, qui, par ce motif, a éprouvé quelque difficulté à être admise dans le droit français, a été aussi adoptée par le Code comme subrogation conventionnelle. Nous en développerons bientôt les règles et les conditions.

Enfin, 4° lorsqu'un créancier refusait de céder ses actions à un tiers, et que quelque circonstance particulière demandait cependant qu'il le fît, le tiers pouvait recourir à la justice pour obtenir une cession forcée. On trouve des exemples de ces cas dans la loi 57, ff. *de legatis* 1°, et dans la loi 23, ff. *de peculio legato* (2).

M. Toullier, qui confond cependant toujours, et à dessein, le paiement avec subrogation et le transport-cession, dit que nous ne connaissons point dans notre droit cette subrogation judiciaire,

---

(1) *Voyez* la L. 2, ff. *de pignerat. act.*; nous verrons plus tard si cette condition est de rigueur sous le Code civil.

(2) *Voyez* aussi Renusson, traité *de la subrogation*, chap. 2, n° 17, et chap. 9, n° 10.

et que les juges qui ordonneraient à un créancier de subroger une personne à son action sur une autre, commettrait un excès de pouvoir, attendu qu'il n'y a de subrogation qu'en vertu d'une convention ou d'une disposition de la loi, et que le Code n'a point reproduit les décisions des lois romaines touchant cette subrogation. Mais cet auteur s'est évidemment mépris dans son propre système, suivant lequel cession et subrogation ne diffèrent en rien au fond, ne diffèrent que comme la cause et l'effet, car l'art. 1303 consacre, au contraire, positivement le principe de la *cession forcée;* et l'on en trouve un exemple spécial dans l'art. 1935.

114. Le mot *cession* a été employé généralement par les anciens jurisconsultes français, tantôt pour signifier un transport, une vente ou un abandon des droits et actions du créancier à une autre personne; tantôt pour signifier ce que nous appelons paiement avec subrogation; et Dumoulin confond presque toujours ces deux opérations, parce qu'effectivement leurs résultats sont les mêmes, du moins généralement. Mais le Code civil ne donne le nom de *cession*, de *transport* ou de *vente*, qu'à l'opération par laquelle une personne acquiert, dans son intérêt, et moyennant un prix, ou à titre gratuit, la créance d'une autre personne: et il donne le nom de *cessionnaire* à la première, et celui de *cédant* à la seconde (art. 1689 et suivans); tandis qu'il appelle *subrogation* ou *paiement avec subrogation*, l'opéra-

tion par laquelle un tiers, en payant la dette d'un autre, a principalement en vue de libérer ce dernier envers son créancier, ce qui toutefois n'est pas un paiement parfait de la dette, puisqu'elle subsiste toujours comme dette.

Il est certain que dans toute cession d'actions et de droits, dans toute vente, transport et abandon de ces droits et actions, à quelque titre qu'ils aient lieu, il y a subrogation, c'est-à-dire substitution d'une personne à une autre, pour l'exercice de ces mêmes droits et actions (art. 1692) : c'est l'effet relativement à la cause. Mais, en sens inverse, dans toute subrogation, ou si l'on veut dans tous les cas où il y a subrogation, il n'y a pas cession d'action, même supposée. Ainsi, il n'y a pas cession d'action, même supposée, dans la subrogation qui s'opère par la seule volonté du débiteur; et il n'y a réellement cession d'action que dans les seuls cas où la subrogation est consentie par le créancier à un tiers qui le paie, et encore cette cession n'a-t-elle point tous les effets de la cession-transport, vente ou don d'action, parce que l'opération principale que les parties se sont proposées, c'était le paiement de la dette : l'on verra même dans la suite de l'analyse de la matière, qu'il peut y avoir quelques différences dans les effets de l'une et l'autre opération, et résultant principalement de l'intention des parties. Et quant aux cas de subrogation légale, si l'on y veut voir une cession d'action, c'est en supposant que la loi elle-même fait l'office du créancier, et

cède à sa place ou pour lui les actions et droits qu'il avait : on précède alors par fiction, mais cette fiction ne serait pas dépourvue de raison.

115. Il faut au surplus se garder de confondre la subrogation, même opérée par cession ou consentement du créancier, avec la novation opérée soit par changement de créancier, soit par changement de débiteur.

En effet, elle diffère de la novation opérée par changement de créancier, et dans la manière dont se font les deux opérations, et dans les résultats. Dans la manière dont se font les deux opérations, en ce que la subrogation peut avoir lieu sans le consentement de celui contre qui elle sera exercée, c'est-à-dire du débiteur, lequel se trouve obligé envers le subrogé comme il l'était envers le subrogeant; tandis que le débiteur n'est obligé envers le nouveau créancier par la novation, qu'autant qu'il l'a agréé pour son créancier à la place de l'ancien, envers lequel il se trouve déchargé. Dans les résultats, en ce que la subrogation a pour objet de donner au subrogé ou nouveau créancier les mêmes droits, actions, priviléges, hypothèques et cautionnement qu'avait le subrogeant ou ancien créancier; au lieu que la novation a pour effet d'éteindre tous ces droits, en leur substituant une autre obligation et une autre action.

La subrogation diffère de la novation opérée par le changement du débiteur, non pas sans doute en

ce que le consentement du débiteur actuel soit plus nécessaire pour la novation que pour la subrogation, car si le créancier peut recevoir son paiement d'un tiers, même malgré le débiteur, il peut, par la même raison, recevoir du tiers son engagement sans le consentement de ce débiteur, et libérer par ce moyen celui-ci, puisque la nouvelle obligation éteint la première; mais elle en diffère précisément en ce sens que le débiteur actuel est libéré de sa dette d'une manière absolue dans le cas de novation, sauf à indemniser, s'il y a lieu, le nouveau débiteur qui l'a libéré, tandis que dans le cas de subrogation, il n'est seulement libéré qu'envers son créancier, mais non de la dette, qui subsiste réellement toujours avec tous ses accessoires, nonobstant le paiement qui a eu lieu. Il a seulement changé de créancier, comme dans le cas de transport-cession.

Enfin il ne faut pas non plus confondre le paiement avec subrogation, ni aucun cas de subrogation quelconque, avec la délégation opérant ou non novation. Dans la délégation opérant novation, parce que le créancier, en recevant de son débiteur un autre débiteur qui s'oblige envers lui, a déclaré expressément décharger son débiteur actuel, le consentement de ce dernier est évidemment nécessaire pour que la délégation s'opère, puisque c'est lui qui donne le délégué pour s'obliger à sa place; tandis que le consentement du débiteur n'est point requis dans la subrogation, si ce n'est dans un seul

cas, que nous exceptons quant à ce point. Dans la délégation, l'action du créancier contre le débiteur est éteinte (1); au lieu que dans le cas de subrogation elle subsiste toujours. Et dans la délégation simple ou sans novation, il y a également consentement de la part du débiteur délégant, mais la créance n'est pas plus éteinte que dans le cas de subrogation; seulement le créancier a un débiteur de plus, le délégué, qui s'est obligé envers lui.

Toutes ces distinctions seront successivement développées; maintenant nous ne nous occupons que de la subrogation. Nous parlerons d'abord de celle qui résulte d'une stipulation intervenue entre le tiers et le créancier, ou entre le tiers et le débiteur; ensuite de la subrogation légale; et enfin des effets de la subrogation en général.

Art. II.

De la subrogation conventionnelle.

116. La subrogation conventionnelle a lieu dans deux cas : dans l'un, par l'effet d'une convention intervenue entre le créancier et le tiers qui paie la dette; dans l'autre, par l'effet d'une convention intervenue entre le débiteur et un tiers qui lui prête des deniers pour le libérer envers son créancier.

---

(1) Sauf le recours du créancier contre lui, dans le cas où le délégué se trouvait en faillite ouverte ou en déconfiture au moment de la délégation. (Art. 1276.)

L'article 1250 statue en ces termes sur le premier cas : « La subrogation conventionnelle a lieu lors-
« que le créancier, recevant son paiement d'une
« tierce personne, la subroge dans ses droits, ac-
« tions, priviléges ou hypothèques contre le débi-
« teur. Cette subrogation doit être expresse et faite
« en même temps que le paiement. »

Et, en effet, si le paiement était fait purement et simplement, la créance se trouvant alors éteinte, le créancier n'aurait plus ensuite à subroger qui que ce fût; il n'aurait plus à céder à des tiers des actions évanouies. *Modestinus respondit : si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causâ tutelæ debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil eâ cessione actum, cùm nulla actio superfuerit.* L. 76, ff. *de solut.*

Il en serait ainsi, et par le même motif, si la dette ayant été soldée par le débiteur, celui-ci, dont les affaires seraient dérangées, voulait la faire revivre, en supprimant la quittance qui lui a été donnée, afin de faire passer à quelqu'un qu'il chercherait à favoriser, ou à quelqu'un aposté par lui et qui lui remettrait une somme par dessous main, la subrogation aux droits du créancier déja payé : tous ceux qui auraient intérêt à critiquer cette subrogation, et même à soutenir que la dette est absolument éteinte, pourraient prouver par tous les moyens de droit qu'en effet il y a eu paiement, et, par suite, extinction de la dette. Et dans le cas même où le paiement aurait été fait par un tiers, si, en réalité,

il avait eu lieu avec des deniers appartenant au débiteur, ou dus à celui-ci par le tiers, on pourrait également critiquer la subrogation qui aurait été consentie à ce dernier, et prétendre que la dette est entièrement éteinte; que l'opération a été le résultat d'un concert entre le débiteur et le tiers, dans la vue de favoriser celui-ci au détriment des autres créanciers ou des cautions.

Mais lorsque le paiement est fait de bonne foi par un tiers, de ses deniers, la subrogation n'en a pas moins lieu quoique l'on n'ait pas passé alors un acte pour la constater, si toutefois le tiers, en faisant le paiement, l'a fait sous la condition expresse que la subrogation lui serait ensuite consentie par acte. Il est possible, en effet, qu'un paiement ait lieu dans un moment où l'on ne peut dresser un acte en forme pour le constater et pour stipuler la subrogation; et cependant, s'il est constant que ce paiement n'a été fait que sous la réserve de la subrogation, cette réserve doit produire tous ses effets. C'est aussi ce que décide le jurisconsulte Modestin dans la loi ci-dessus : *Quod si antè solutionem hoc factum est, vel cùm convenisset,* UT MANDARENTUR ACTIONES, *tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est : salvas esse mandatas actiones, cùm novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quàm actio quæ fuit perempta videatur.* Le paiement est en effet le prix des actions cédées, puisque c'est dans cette vue qu'il a été fait.

117. Si, au contraire, le tiers a payé sans se faire consentir la subrogation, et si la loi ne le subroge point, la créance se trouve alors absolument éteinte, et avec elle les priviléges, hypothèques ou cautionnemens qui y étaient attachés; et le tiers qui l'a soldée n'a contre le débiteur que l'action *mandati*, s'il avait reçu de lui mandat pour payer, ou l'action *negotiorum gestorum*, s'il a fait le paiement de son propre mouvement. Au lieu que dans le paiement avec subrogation, le tiers a, outre l'action de gestion d'affaires, car il a libéré le débiteur envers le créancier, l'action qu'avait ce dernier, par conséquent avec les priviléges, hypothèques et cautionnemens qui y sont attachés; et c'est là le grand avantage de la subrogation (1).

118. La subrogation doit être expresse, c'est-à-dire, sans qu'il y ait incertitude à cet égard; mais il n'y a pas de termes sacramentels pour cela. Ainsi, il y a aussi subrogation s'il est dit dans l'acte de

(1) Nous ne croyons pas, au surplus, ainsi qu'on l'a dit, que, par le paiement avec subrogation, le tiers acquiert simplement, outre l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur, les priviléges, hypothèques et autres accessoires ou avantages attachés à l'action du créancier payé, mais que cette action elle-même est éteinte; que la dette au fond ne subsiste plus, parce qu'il y a *paiement* : cela serait contraire aux vrais principes du droit. Si l'obligation était réellement éteinte par ce paiement, tous les accessoires le seraient par cela même, attendu qu'il n'y a pas d'accessoire sans principal, et qu'on ne peut supposer, sans faire violence à ces mêmes principes, que les priviléges et hypothèques attachés à l'action du créancier passent à l'action de gestion d'affaires, ou, ce qui revient au même, que c'est avec cette action que le tiers exerce les priviléges et hypothèques qui étaient

paiement ou quittance, que *le créancier met à son lieu et place* M. un tel, qui lui fait le paiement de sa créance sur un tel; ou s'il est dit qu'il *le substitue à ses droits*, *qu'il les lui cède*, *transporte, abandonne*. Il en est de même s'il est dit *qu'il le substitue*, ou *subroge à sa créance* ou *à son billet;* car le subroger au billet, c'est le subroger à la créance qui y est renfermée.

Mais il n'y a pas subrogation s'il est simplement dit que le créancier *a reçu d'un tel le paiement de sa créance sur un tel, à par celui-ci recourir contre ce dernier,* ou *à se faire rembourser*, ou *tenir compte,* et autres phrases analogues. Ces mots ne l'expriment point, et la subrogation doit être *expresse;* elle ne s'induit pas de l'intention présumée.

119. Mais la subrogation consentie d'une manière générale *aux droits* du créancier, *à son action*, *à sa créance*, comprend par cela même les priviléges, hypothèques, cautionnemens et autres accessoires

---

attachés à celle du créancier. L'opération qui a eu lieu n'est pas un paiement ordinaire, ayant effet d'éteindre purement et simplement la dette : c'est un paiement avec des effets restreints, suivant l'intention de celui qui l'a fait, et de celui qui l'a reçu, et seulement pour désintéresser celui-ci. Et ce n'est pas non plus un transport proprement dit, parce que leur volonté n'a point été d'en opérer un, mais bien seulement de libérer le débiteur envers son créancier : d'où il suit que, outre l'action *negotiorum gestorum*, le tiers a réellement, par l'effet de la subrogation, l'action même qu'avait le créancier, avec tous les accessoires qui y étaient attachés; mais cependant sans pouvoir demander au débiteur au-delà de ce que pourrait lui demander un simple gérant, puisque son but a été de faire l'affaire de ce débiteur. Nous reviendrons au reste bientôt sur ce dernier point.

et avantages attachés à la créance. En disant qu'il y a subrogation conventionnelle, lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans *ses droits, actions*, *priviléges et hypothèques* contre le débiteur, l'article 1250-1° n'entend point, par cette énumération, exiger que ces droits soient spécifiés, pour qu'ils passent au subrogé, il exprime seulement l'effet de la subrogation. Aussi s'étend-elle au cautionnement, dont il n'est parlé que dans un article postérieur (1252). L'expression *droits*, *actions*, comprend tout. Elle comprendrait tout, lors même qu'elle serait employée au singulier, et qu'il serait simplement dit à mon *droit*, à mon *action*, à ma *créance contre un tel*. La mention du nom du débiteur n'exclurait pas les priviléges et hypothèques, bien que, en général, les priviléges et hypothèques aient plutôt effet contre les tiers que contre le débiteur lui-même; elle n'exclurait même pas le cautionnement, quoique l'action du créancier contre le débiteur ne soit pas celle qu'il a contre la caution : la preuve de la justesse de cette décision se trouve dans l'article 1252 précité.

120. Et quant à la subrogation, lorsqu'elle est consentie, il est indifférent qu'il soit dit dans l'acte de paiement ou quittance, que le tiers paie au nom du débiteur, ou en son propre nom, ou qu'il ne soit fait aucune déclaration positive à ce sujet. Le créancier, sans doute, ne peut, comme nous l'avons

expliqué sur l'article 1236, être contraint à subroger le tiers, parce que ce serait être forcé, sans motif, de lui vendre en quelque sorte sa créance; et l'on ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique (art. 545) : mais s'il veut lui consentir la subrogation, rien ne s'y oppose, puisqu'il peut lui vendre son droit.

121. Nous disons que le créancier, en consentant la subrogation au tiers, lui vend en quelque sorte sa créance; et en effet, la subrogation a entre le tiers subrogé et le débiteur les résultats généraux de la vente de la créance ou du transport-cession : dans l'un comme dans l'autre cas, le débiteur reste toujours débiteur, et de la même dette; les priviléges, hypothèques et cautionnemens, s'il y en a, subsistent dans les deux cas; et dans tous deux, il y a seulement changement de créancier, sans toutefois pour cela qu'il y ait novation, car c'est toujours la même dette : aussi les lois romaines disent-elles, au sujet d'un créancier qui reçoit son paiement d'un autre que de son débiteur, en cédant ses actions à celui qui le paie, *non enim in solutum accepit, sed quodammodò nomen debitoris vendidit.* L. 36, ff. *de fidejuss. et mand.*

122. Cependant il y a cette différence (1) entre le cas du paiement avec subrogation et la vente de

---

(1) Nous en signalerons une autre plus loin, relativement à l'application de l'art. 1252, dernière disposition.

la créance ou cession proprement dite, que dans la vente, bien que le prix ne soit pas ordinairement du montant de la créance vendue, parce que celui qui achète une créance, l'achète pour faire un bénéfice, néanmoins le débiteur n'en devra pas moins lui payer la somme totale de la dette (1) : à moins toutefois que la créance ne fût litigieuse : auquel cas le débiteur pourrait se faire tenir quitte moyennant le remboursement du prix de la cession avec les frais et loyaux coûts, et les intérêts à compter du jour où le cessionnaire aurait payé le prix de ladite cession (art. 1699).

Au lieu que dans le cas d'un simple paiement avec subrogation, si le tiers qui a payé la dette n'eût payé qu'une somme inférieure à son montant, et eût cependant reçu une quittance du total, parce que le créancier a cru devoir faire une remise, il ne pourrait ensuite exiger du débiteur

---

(1) Il existe sur ce point une loi du 11 frimaire an VI, qui porte, article 11 : « que la réduction d'après l'échelle du papier-monnaie « n'est pas applicable, 1° aux simples cessions et transports de dettes ; « 2° aux endossemens d'effets négociables ; 3° aux délégations et indi- « cations de paiement, même aux délégations acceptées. Dans tous « les cas, sauf les exceptions légales, les cessionnaires ou délégataires « pourront faire valoir en entier les droits des cédans ou délégans « contre les débiteurs cédés ou délégués. »

En conséquence, si un tiers eût, dans un temps où le papier-monnaie n'avait presque aucune valeur, remboursé en papier le créancier d'une rente créée en numéraire, en se faisant consentir une cession proprement dite, il aurait aujourd'hui contre le débiteur tous les droits du créancier originaire, et pourrait, d'après cela, exiger le service de la rente en numéraire, suivant le taux de sa constitution, sauf les réductions que quelque loi y aurait apportées.

que ce qu'il aurait réellement déboursé, attendu qu'en payant il a fait l'affaire du débiteur, et non la sienne; il n'est pas censé avoir voulu faire un bénéfice comme un acheteur de créance entend en faire un. Or, en matière de gestion d'affaires, il n'est rien dû au gérant au-delà de ses déboursés et des intérêts de ses avances; et le *paiement*, même avec subrogation, de la dette d'un autre, sans mandat du débiteur, est un cas de gestion d'affaires. Le créancier serait censé avoir voulu faire remise du surplus au débiteur, plutôt qu'avoir voulu en faire profiter le tiers.

Cela est surtout particulièrement vrai dans le cas où la personne à qui le paiement serait fait n'aurait pas, pour quelque cause, qualité pour faire vente ou cession de l'action au tiers, quoiqu'il eût d'ailleurs qualité pour recevoir de lui le paiement; et tel est notamment le cas qui a été jugé par la Cour de Paris, et ensuite par la Cour de cassation (1), entre M. le prince de Talleyrand et le sieur Bellanger. Il a été décidé, dans cette affaire, que le sieur Bellanger, qui avait fait, *en acquit et décharge de M. de Talleyrand*, au receveur des domaines, le remboursement en assignats, alors de peu de valeur, d'une rente foncière de 3,071 livres, dont ce dernier était débiteur envers l'État, ne pouvait exiger de M. de Talleyrand que le montant de ses

(1) L'arrêt de la Cour de cassation est rapporté dans le *Recueil des Questions de droit* de M. Merlin, V° *Subrogation*.

déboursés réduits suivant l'échelle de proportion, parce qu'il n'avait fait qu'un simple paiement de la dette d'autrui avec subrogation; et qu'il avait d'autant moins acquis une cession proprement dite de la créance, ou un transport, que le receveur de la régie n'aurait même pu le lui consentir.

Il faudrait toutefois, dans les cas ordinaires, s'attacher à l'intention qu'avaient le tiers et le créancier lors de l'acte; et pour l'apprécier, dans le doute, bien peser les circonstances de l'affaire; car s'il était démontré d'après ce qui aurait précédé et accompagné l'opération, qu'ils ont réellement entendu, l'un faire une vente, l'autre un achat de la créance, ou même simplement que c'est en faveur du tiers que le créancier a voulu renoncer à une partie de ses droits; que c'est lui qu'il a entendu faire profiter de la remise, pour l'indemniser du risque qu'il avait à courir pour le recouvrement de ses déboursés, ou pour d'autres motifs, alors on appliquerait les principes de la vente d'action, du transport proprement dit, de la cession pure, et le tiers aurait le droit d'exiger du débiteur le remboursement de la créance en son entier.

Mais cela ne se présumerait pas facilement dans le cas où l'acte porterait que c'est un *paiement* de la dette qui a eu lieu, quoiqu'il y fût fait mention de la subrogation; mais en général, l'acte aurait plutôt le caractère du transport proprement dit, dans le cas où il n'y serait pas déclaré que le tiers a agi au nom et en l'acquit du débiteur, lorsqu'il n'y

serait pas dit non plus que le débiteur est libéré, déchargé de la dette, quoiqu'il y fût dit d'ailleurs que le tiers a payé au créancier telle somme pour sa créance sur un tel: dans ce cas, le tiers paraîtrait avoir agi plutôt pour lui-même et en son nom, comme l'on dit, qu'il ne paraîtrait avoir agi pour le débiteur, et au nom et en l'acquit de celui-ci; et à plus forte raison si cela était dit dans l'acte. Or, lorsque le tiers agit en son nom, la subrogation simple ne se présume pas : l'art. 1236 semble même s'opposer à ce qu'elle ait lieu. Mais nous avons expliqué ce qu'on doit entendre par ces expressions de cet article, *pourvu que, si le tiers agit en son nom*, *il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*. La déclaration de subrogation qui se trouverait dans l'acte, et que nous y avons supposée, devrait donc s'entendre de la subrogation résultant de la cession proprement dite, plutôt que de celle résultant d'un simple paiement de la dette fait avec convention de subrogation. Au contraire, si l'acte portait que le tiers a payé au nom et en l'acquit du débiteur, ou même simplement qu'un tel est libéré au moyen du paiement fait par un tel, alors la convention de subrogation devrait s'entendre de la subrogation qui a lieu dans ce dernier cas. C'est au surplus une question d'appréciation d'acte et d'intention, par conséquent un point laissé à la sagesse des tribunaux, qui le décideront d'après les faits et les circonstances de la cause, lorsque les termes de l'acte seront obscurs. Leur décision à cet égard pourrait bien être réfor-

mée en appel comme un *mal jugé* au fond, mais elle sera rarement exposée à la censure de la Cour suprême.

123. Le grand intérêt qu'offre la subrogation, c'est, comme nous l'avons dit, la conservation des priviléges, hypothèques et cautionnemens attachés à la créance, ainsi que le droit d'exécuter sans jugement, si le titre du créancier est exécutoire, et l'exercice de la contrainte par corps dans le cas où la créance emporterait la contrainte; car si ces divers accessoires ou avantages n'existaient pas, le tiers qui a payé la dette ayant contre le débiteur l'action *negotiorum gestorum* pour être indemnisé des déboursés qu'il a faits utilement pour le libérer envers le créancier, et l'action *mandati* s'il avait reçu de lui mandat de payer la dette, le résultat serait généralement pour ce tiers le même que s'il était subrogé aux droits du créancier. Il pourrait toutefois se rencontrer encore quelques légers avantages dans la subrogation, comme serait, par exemple, l'élection de domicile que le débiteur se trouverait avoir faite dans l'acte qu'il a passé au profit du créancier, s'il était plus commode pour le tiers d'assigner le débiteur au domicile élu qu'au domicile réel, ainsi qu'il devrait le faire s'il n'avait contre lui que la simple action de gestion d'affaires, ou de mandat. Nous ne parlons pas, au reste, du cas où la créance produirait intérêt, parce que nous pensons que, lors même que le

tiers aurait payé la dette par pure gestion d'affaires, et sans subrogation, il n'en aurait pas moins droit aux intérêts des sommes par lui déboursées, puisque le débiteur se trouvant dispensé de payer au créancier ceux qui auraient couru sans le paiement, son affaire aurait été utilement gérée en cela, et qu'il est de principe que celui dont l'affaire a été utilement administrée, doit rendre parfaitement indemne le gérant : or, pour cela, il doit lui payer aussi les intérêts de ses déboursés, comme un mandant en fait raison au mandataire (art. 2001), et un débiteur à la caution qui l'a libéré, même dans le cas où le cautionnement a été donné a son insu (art. 2014, 2028 et 1155 analysés et combinés), ce qui n'est alors qu'un cas de gestion d'affaires.

124. Sur ce premier cas de subrogation conventionnelle, il faut observer que le subrogé doit, comme un cessionnaire proprement dit ou un acheteur de la créance notifier au débiteur le paiement qu'il a fait : autrement si ce dernier venait lui-même à payer sa dette, le tiers n'aurait de recours que contre le créancier de mauvaise foi qui aurait reçu ce double paiement. Mais une reconnaissance, même sous signature privée, de la part du débiteur, du paiement fait par le tiers, équivaudrait, à son égard, à une notification. Il en serait même ainsi d'une reconnaissance verbale, si elle était avouée, à quelque somme que s'élevât la créance, ou si elle était prouvée par témoins, dans

les cas où la preuve testimoniale serait admissible.

125. Il est nécessaire aussi, lorsque le paiement n'est pas fait par acte authentique, que celui qui l'a fait se mette en mesure à l'égard des tiers; car si le créancier venait ensuite à céder la créance à une autre personne, nonobstant le paiement, ce qui serait surtout facile dans le cas où il aurait conservé le titre; ou bien si ses propres créanciers saisissaient la créance entre les mains du débiteur, le cessionnaire ou les saisissans pourraient méconnaître le paiement, et prétendre qu'il a été fait au préjudice de leurs droits, postérieurement à la cession ouaux saisies. En conséquence, le tiers doit le notifier au débiteur, comme un cessionnaire doit notifier son transport, ou du moins le lui faire reconnaître par un acte susceptible d'être opposé aux tiers, c'est-à-dire, par un acte qui ait date certaine antérieure à la cession ou aux saisies.

Mais, lors même qu'on devrait décider, comme paraît le vouloir l'art. 1690, qu'en matière de transport-cession, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la notification de son transport au débiteur, ou par l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique, question que nous examinerons en son lieu, nous ne pensons pas que celui qui a simplement fait un paiement avec subrogation soit obligé, pour pouvoir exercer vis-à-vis des tiers les droits qui en résultent, de faire une signification au débiteur, ou de lui faire reconnaître son paie-

ment par un acte authentique. En principe, un acte sous seing-privé ayant acquis date certaine peut être opposé aux tiers comme un acte authentique (art. 1328), et la loi ne fait aucune exception à l'égard de celui dont il s'agit. En admettant que l'art. 1690 dût être entendu à la lettre, ce que, encore une fois, nous ne voulons point examiner en ce moment, sa disposition, comme exorbitante du droit commun, ne devrait pas s'étendre à un simple paiement avec subrogation, puisque le Code ne le dit pas, et qu'un paiement avec subrogation malgré l'affinité qu'il a avec un transport-cession, n'est cependant point un transport-cession proprement dit. Nous avons démontré qu'il y a entre eux quelques différences; et le Code d'ailleurs ne donne point le nom de cession, de vente d'action, de transport-cession, à un simple paiement de la dette d'autrui avec subrogation. Un cessionnaire qui achète une créance pour faire un bénéfice a pu être assujéti à des formalités qu'on a pu ne pas vouloir imposer à une personne qui rend simplement un bon office à un débiteur, en le libérant envers un créancier fâcheux; du moins il est permis de le croire. Il suffit donc que cette personne puisse présenter aux tiers un acte qui constate qu'elle a fait le paiement dont il s'agit à telle époque.

M. Toullier est toutefois d'une opinion contraire. Cet auteur assimile complètement un subrogé par consentement du créancier, à un cessionnaire par transport; et comme il dit (avec l'art. 1690), qu'un

cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification de son transport au débiteur, ou par l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique, il dit de même que le subrogé ne peut faire valoir contre les tiers la créance avec les priviléges et hypothèques qui y sont attachés, qu'autant qu'il a fait signifier son paiement avec subrogation au débiteur, ou qu'il le lui a fait accepter par un acte authentique, lors même que la subrogation aurait été consentie par un acte de cette nature. Mais cette opinion n'a pour elle ni la raison ni la lettre de la loi.

126. Le même auteur dit aussi que « pour la « validité d'une subrogation consentie par le créan- « cier, ou plutôt pour la rendre parfaite, la remise « des titres justificatifs de la créance est nécessaire ; « que cette remise est nécessaire pour rendre le « subrogé propriétaire des droits cédés ; et pour « empêcher qu'un créancier de mauvaise foi ne les « cède à une seconde personne qui serait préférée « au premier subrogé, si la remise des titres lui « était faite avant que le débiteur eût payé, ou « avant qu'il eût accepté la subrogation, ou qu'elle « lui eût été signifiée. »

Donc, *è contrario*, si le titre n'était remis à cette seconde personne qu'*après* que le débiteur aurait payé la dette, ou qu'il aurait accepté la subrogation, ou qu'elle lui aurait été signifiée, cette seconde personne ne serait pas préférée, quoique le

titre n'eût pas encore été remis au subrogé, et quoiqu'il eût été remis ensuite à cette personne; ce qui est destructif de la proposition, du moins en très grande partie. Mais comme à l'appui de cette même proposition, l'auteur professe une doctrine que nous ne saurions admettre sans de grandes restrictions, nous croyons utile de réfuter ses raisonnemens.

« La créance, dit-il, et les droits du créancier « sont des choses *purement* mobilières; et l'article « 1141 porte que « si la chose qu'on s'est obligé de « donner ou de délivrer à deux personnes succes- « sivement, est purement mobilière, celle des deux « qui en a été mise en possession réelle est préférée « et demeure propriétaire, encore que son titre soit « postérieur en date (1). Or, suivant l'art 1607, la « tradition des droits incorporels se fait par la re- « mise des titres. L'art. 1689, dit également que « dans le transport d'une créance, d'un droit, d'une « action sur un tiers, la tradition s'opère, entre le « cédant et le cessionnaire, par la remise du titre.

« Il faut donc en conclure que le créancier étant « resté saisi de la créance avant la remise des titres, « il a pu la céder au second subrogé, qui en de- « vient propriétaire par cette remise. Le premier « cessionnaire ou subrogé doit s'imputer la faute « de n'avoir pas exigé une remise nécessaire pour

(1) Mais l'article met une condition à cela : *pourvu que la possession soit de bonne foi.*

« lui transférer la propriété, et rendre la subroga-
« tion parfaite et irrévocable. »

Il est évident que M. Toullier a voulu prendre pour base de sa doctrine, l'identité parfaite qu'il a cru voir, même sous le Code, du simple paiement avec subrogation et du transport-cession proprement dit; mais en admettant même cette identité, que nous n'admettons toutefois pas, la doctrine de ce jurisconsulte sur ce point n'en serait pas moins fautive; car il n'est dit nulle part que pour être saisi à l'égard des tiers, un cessionnaire ait besoin, en matière de transport de créances non commerciales, d'avoir les titres en sa possession. Ce que la loi exige, c'est la signification du transport au débiteur, ou l'aceptation de celui-ci dans un acte authentique (art. 1690): seulement elle dit que la délivrance s'opère, *entre le cédant et le cessionnaire*, par la remise du titre (art. 1689), et c'est la tradition dont veut parler l'article 1607. Plusieurs causes peuvent en effet empêcher que les titres d'une créance soient remis à l'instant même au cessionnaire, et cependant s'il remplit l'une des conditions prescrites par l'art. 1690, il aura fait tout ce que la loi lui prescrivait pour être saisi à l'égard des tiers, quoique le débiteur ne lui ait pas encore fait *la délivrance du titre*, c'est-à-dire de la preuve du titre, de *l'instrumentum*.

Nous avouerons, du reste, qu'en matière d'effets de commerce, comme ils sont transmissibles par la voie d'un simple endossement, tant que le por-

teur actuel de ces effets les conserve dans sa main, et qu'ils ne sont point échus, il peut les transporter efficacement, nonobstant la cession qu'il en aurait déja faite à une autre personne par un acte particulier, et la signification que cette personne aurait faite au débiteur, ou l'aceptation de ce débiteur, même dans un acte authentique; et il en serait de même, par le même motif, s'il s'agissait d'effets au porteur, ou d'actions ou coupons d'actions au porteur dans une société ou entreprise, transmissibles par la voie d'un simple endossement. Mais lorsqu'il s'agit d'obligations *civiles* et ordinaires, nous soutenons que, même dans le cas de transport-cession, la remise du titre n'est pas indispensable pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers; qu'il suffit qu'il fasse signifier son transport au débiteur, ou qu'il le lui fasse accepter par acte authentique, comme le dit l'art. 1690; à plus forte raison quand il s'agit d'un simple paiement avec subrogation.

C'est en effet une erreur que de prétendre que le créancier, quoique payé, reste saisi de la créance tant qu'il n'a pas remis le *titre* au tiers qui lui a fait le paiement; dès qu'il est payé, il n'est plus créancier: il peut bien être encore possesseur de ce qui fait la preuve de la créance, de l'*instrumentum*, mais il ne l'est plus réellement du *titre* dans la véritable acception du mot. Peu importe qu'il ait pu, comme un cédant ou vendeur de créance proprement dit, transporter avec effet la créance à une autre personne avant que celui qui

a fait le paiement avec subrogation l'eût fait signifier au débiteur, ou le lui eût fait reconnaître dans un acte capable d'être opposé aux tiers, c'est-à-dire dans un acte avec date certaine; car cela est fondé uniquement sur ce qu'il fallait prévenir les fraudes qui auraient pu facilement être commises envers les tiers, mais non pas sur ce que le créancier payé est encore considéré comme créancier, puisqu'en réalité il ne l'est plus.

Et quant à l'art. 1141, invoqué aussi par M. Toullier, nous ne pensons pas qu'il soit applicable aux créances civiles ordinaires, même lorsqu'il s'agirait de cession proprement dite. En effet, cet article exige, pour que le second acheteur ou donataire d'une chose mobilière soit préféré au premier, 1° qu'il s'agisse d'une chose *purement* mobilière; 2° qu'il soit en *possession réelle* de cette chose; 3° que sa possession soit de bonne foi.

Nous supposons la bonne foi dans celui à qui le créancier aurait cédé la créance après avoir reçu son paiement avec subrogation au profit du tiers qui le lui a fait, quoique M. Toullier ne paraisse même pas exiger cette condition pour que le cessionnaire dût être préféré, si le titre lui avait été remis au lieu de l'avoir été au subrogé, puisqu'il n'en fait pas mention : mais pour les deux autres conditions exigées par l'article, nous ne saurions les reconnaître dans ce cessionnaire; ce qui fait que nous croyons que l'art. 1141 ne lui fournit aucun motif de préférence.

D'abord, une créance, bien qu'elle soit une chose mobilière quand elle a pour objet une chose de cette qualité (art. 529), et ordinairement il en est ainsi, n'est cependant pas une chose *purement* mobilière ; car elle n'est chose mobilière que par la *détermination de la loi* (*ibid.*) : or, l'art. 1141 n'emploie pas ce mot *purement* mobilière sans dessein ; c'est évidemment pour que sa disposition ne soit applicable qu'aux meubles qui sont tels par leur nature, et si l'on veut aussi, aux effets au porteur, parce qu'ils sont réellement le *titre*, la créance résidant toute dans l'effet, et cet effet étant considéré comme un corps qui se transmet manuellement, comme une pièce de monnaie, si l'on peut s'exprimer de la sorte. Mais cela ne peut se dire des créances qui ne passent point d'une personne à une autre sans une cession opérée au moins par voie d'endossement; car dans celles-ci, *titre*, *créance*, droit ou action sont synonymes, et, par métonymie, le *titre* est pris pour la preuve du titre, en sorte qu'en possédant seulement l'*instrumentum*, on ne possède pas pour cela le titre ou la créance.

En second lieu, une créance est une chose intellectuelle, une chose incorporelle, qui n'a d'existence que par l'entendement ; on ne peut donc en avoir la possession *réelle*, quoique d'ailleurs, sous d'autres rapports, on puisse être considéré comme possesseur d'une créance, ainsi qu'on le prévoit dans l'art. 1240; ce qui veut simplement dire qu'on passe pour être créancier, quoiqu'on ne

le soit pas, mais ce qui ne signifie point qu'on est en possession *réelle* d'une chose mobilière par cela seul qu'on est considéré comme possesseur d'une créance.

Ainsi, l'art. 1141 ne s'applique généralement point aux meubles incorporels, et ce sont les articles 1689 et suivans qui règlent comment, par rapport au cédant, au débiteur et aux tiers, un cessionnaire devient lui-même créancier à la place du premier ; comment le droit de celui-ci sort de sa personne pour passer dans celle du cessionnaire. L'art. 1141 est fondé sur cette maxime de notre droit français, *en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279); mais, encore une fois, l'on ne possède point *réellement* ce qui n'a aucun corps (1), et une pièce d'écriture, vulgairement appelée titre,

---

(1) C'est ce que nous avons déja dit plusieurs fois, notamment au tome VIII, nº 396, où nous enseignons que cette maxime n'est point, en général, applicable aux choses incorporelles, quoique déclarées *meubles* par la détermination de la loi.

M. Delvincourt (tome III, page 853), enseigne, comme nous, que l'art. 2279, dont le principe a servi, ainsi que nous venons de le dire, de base à la disposition de l'art. 1141, « n'est point applicable aux « choses incorporelles, quoique mobilières. » Et il dit ailleurs (t. II, pag. 481) : « si la donation est d'une chose incorporelle, *putà* d'un « droit de créance, d'une rente, il faut signifier la donation au débi- « teur de la rente ou de la créance, et cette signification *vaut tradi- « tion même à l'égard des tiers* (1690). » Ainsi, cet auteur n'exige point une remise du titre au cessionnaire pour qu'il soit saisi à l'égard des tiers; il l'est par la signification de son transport, signification qui vaut tradition ; par conséquent après cette signification, c'est lui qui est en possession, et non pas un cessionnaire postérieur à cette signification, quand bien même le titre de la créance aurait été remis à ce cessionnaire, au préjudice du premier.

n'est point le titre lui-même, c'est la créance qui est réellement le titre, et la pièce d'écriture est ce que les jurisconsultes romains appelaient *instrumentum ;* c'est le signe et la preuve du titre, et voilà tout : donc l'art. 1141 n'est d'aucune application à la question, s'agit-il même d'un transport proprement dit ; or, il n'est question que d'un simple paiement avec subrogation. Ainsi, quand bien même le *titre*, pour nous servir de l'expression usuelle, n'aurait pas été remis au tiers qui a fait le paiement, soit parce que le créancier ne l'avait pas alors, soit parce que le tiers n'a payé qu'une partie de la dette, soit pour d'autres motifs encore, le tiers n'en serait pas moins préféré à un cessionnaire postérieur, pourvu que le paiement qu'il a fait fût constaté par une signification faite au débiteur, ou par une acceptation faite par celui-ci dans un acte ayant date certaine antérieure à la cession ; et ce, lors même que le titre aurait été remis postérieurement au cessionnaire. Tel est du moins notre sentiment, et il paraît même que c'est aussi celui de M. Toullier, puisqu'il se borne à accorder la préférence au cessionnaire, seulement dans le cas où la remise des titres lui aurait été faite *avant* que le débiteur eût payé, ou *avant* qu'il eût accepté la subrogation, ou qu'elle lui eût été signifiée ; donc si c'est *après*, le cessionnaire n'est point préféré ; donc la remise du titre au tiers qui fait le paiement n'est point nécessaire « pour la validité « de la subrogation, ou plutôt pour la rendre par-

« faite. » Donc c'est une erreur de dire que « tant « que cette remise n'est pas faite au tiers, le créan- « cier est encore saisi de la créance ; qu'il est en- « core créancier, et qu'il peut, à ce titre, subroger « une autre personne et lui céder sa créance. » En réalité, il n'a plus de droits à céder, et c'est même une contradiction palpable dans la doctrine de M. Toullier.

127. Par voie de conséquence de ce qui a été dit tout à l'heure, nous déciderions de même que le subrogé pourrait se prévaloir de la subrogation vis-à-vis d'un cessionnaire postérieur ou de créanciers saisissant également postérieurs, quoiqu'il n'eût fait faire ni signification au débiteur, ni acceptation de la subrogation, si l'acte qui la constaterait était authentique, ou même sous seing privé, mais capable de pouvoir être opposé aux tiers, c'est-à-dire ayant acquis date certaine antérieurement à la cession ou aux saisies ; car nous ne considérons que le fait de subrogation opérée à telle époque, et dès que ce fait est constant, il doit être indifférent aux tiers que ce soit le subrogé ou le créancier qui exerce les droits résultant de la créance. Et si l'on disait que la retenue du titre par le créancier peut donner lieu à des fraudes envers le tiers auxquelles ce même créancier céderait ensuite la créance, quoiqu'il n'ait plus de droit, nous répondrions, comme nous l'avons déja fait, que même en matière de transport-cession la loi n'exige pas,

pour qu'un cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, que, outre la signification de son transport au débiteur, ou l'acceptation du transport par celui-ci dans un acte authentique, le titre lui ait été remis : cette remise est seulement exigée pour que la délivrance s'opère *entre le cédant et le cessionnaire.* Mille causes peuvent en effet s'opposer à ce que les titres soient remis sur-le-champ à un cessionnaire; et cependant celui-ci a intérêt et droit de faire les actes qui peuvent attester aux yeux des tiers qu'il est maintenant au lieu et place du créancier, que la créance réside actuellement en sa personne. Ces fraudes sont d'ailleurs également possibles dans les actes d'aliénation de choses corporelles, même immobilières, dans les ventes, par exemple, et cependant la loi s'attache uniquement à l'antériorité des titres.

128. Le débiteur peut opposer au tiers qui a payé la dette avec subrogation, les exceptions et fins de non-recevoir qu'il pourrait opposer au créancier, si c'était celui-ci qui le poursuivît. Il peut même lui opposer la prescription, si elle se trouve acquise au moment où il est actionné par lui, quoiqu'elle ne le fût pas encore à l'époque où le tiers a payé la dette. Par exemple, si j'ai payé en l'acquit d'un débiteur de rentes, les arrérages d'une année, alors échus depuis quatre ans, et que je n'exerce mon action en répétition qu'après plus d'un an depuis le paiement, le débiteur pourra m'opposer la prescription de cinq

ans établie par l'article 2277, attendu qu'il eût pu l'opposer au créancier lui-même, si celui-ci ne lui eût demandé qu'à la même époque le paiement de ces arrérages, et que ce sont les droits du créancier que j'exerce au moyen de la subrogation. La Cour de Cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 18 octobre 1809 (1), même dans l'espèce d'un paiement fait par un tiers sans subrogation, et sans mandat de la part du débiteur, où, par conséquent, le tiers n'avait que la simple action *negotiorum gestorum*. Il est bien vrai que cette action n'est pas soumise à une prescription particulière, qu'elle dure trente ans, et qu'il suffit, pour qu'elle ait lieu, que l'affaire gérée par le tiers ait été utilement administrée pendant un temps quelconque, lors même que l'utilité serait venue ensuite à cesser, L. 10, § 1, ff. *de negotiis gestis;* et dans l'espèce, l'affaire avait été utilement gérée, puisqu'il y avait dette. Mais d'un autre côté, il est vrai de dire aussi que le débiteur ne doit pas être, par l'effet du paiement opéré sans son aveu, d'une condition pire que si ce paiement n'avait pas eu lieu; or, s'il n'eût pas eu lieu, le débiteur pourrait aujourd'hui opposer la prescription au créancier; il n'a donc pas dû dépendre de moi de changer d'une manière aussi sensible sa position; il faudrait du moins, pour qu'il en dût être autrement, que le débiteur eût, lors du paiement, un intérêt bien marqué à ce qu'il fût fait par le tiers, parce que le créancier le poursuivait en ce moment

(1) Sirey, 1810-1-37.

ou allait le poursuivre : dans ce cas, en effet, nous croyons que la durée de l'action en recours du tiers agissant par simple action de gestion d'affaires, ne serait pas nécessairement mesurée sur le temps qui restait au créancier pour réclamer le paiement; les circonstances de la cause, au contraire, donneraient lieu aux tribunaux d'accueillir l'action en recours pendant toute la durée ordinaire de l'action de gestion d'affaires, c'est-à-dire pendant trente ans. Mais, même dans ces cas, si le tiers agissait en vertu de la subrogation, parce qu'il y aurait des priviléges ou hypothèques ou un cautionnement dont il voudrait profiter, la prescription pourrait lui être opposée, si elle pouvait l'être alors au créancier payé, dont il exercerait l'action et les droits; car il serait simplement au lieu et place de ce créancier, par conséquent passible d'une prescription qui pourrait alors lui être opposée.

129. Le second cas de subrogation conventionnelle, d'après l'art. 1250, est celui où le débiteur emprunte une somme d'un tiers à l'effet de payer son créancier, soit parce que celui-ci, dont la créance est échue, exige son paiement, soit parce que le débiteur trouvera des conditions plus douces dans l'obligation qu'il va contracter envers le prêteur, par exemple parce que les intérêts seront moins forts. On a fait surtout usage de cette subrogation lorsque le taux des rentes et des intérêts a été diminué par quelque nouvelle loi.

130. Un édit de Charles IX, de 1576, avait fixé au denier douze, c'est-à-dire à un denier pour douze par année, le taux des rentes et intérêts, ce qui était un taux beaucoup trop élevé, mais les guerres civiles avaient détruit le crédit et rendu l'argent très rare.

En 1601, Henri IV réduisit le taux des rentes au denier seize. Les débiteurs trouvèrent alors un grand avantage à se libérer des rentes dont ils étaient chargés, et à en créer de nouvelles à la place ; mais pour cela, il fallait trouver des prêteurs, et leur donner les mêmes sûretés qu'aux anciens créanciers : le moyen le plus simple fut d'emprunter et de subroger les prêteurs aux priviléges et hypothèques de ces créanciers ; et comme ceux-ci ne se souciaient point de recevoir leur remboursement, et, en conséquence, ne voulaient pas consentir la subrogation aux prêteurs, on admit, à l'exemple du droit romain, que le débiteur pourrait les subroger sans avoir besoin pour cela du consentement du créancier ; et l'usage de cette subrogation s'est étendu dans la suite à tous les cas où le débiteur avait intérêt à se libérer envers son créancier.

Mais, pour que cette subrogation ait lieu, il faut, 1° « que le débiteur emprunte une somme à l'effet « de payer sa dette et de subroger le prêteur dans « les droits du créancier ; 2°, que l'acte d'emprunt « et la quittance soient passés devant notaires ; « 3°, que, dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que « la somme a été empruntée pour faire le paiement ; « et 4°, que, dans la quittance, il soit déclaré que

« le paiement a été fait des deniers fournis à cet « effet par le nouveau créancier. » (Art. 1251.)

131. Du reste, comme nous l'avons dit, cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier. (*Ibid.*)

S'il ne voulait pas recevoir le paiement, ou donner la quittance en cette forme, le débiteur peut lui faire des offres à la charge de la donner, et, à son refus de les recevoir, il fait dresser procès-verbal, consigne les espèces, et la subrogation aura lieu sur le récépissé du receveur de la caisse des consignations, qui est une personne publique dans ses fonctions, comme un notaire dans les siennes. Mais il faut mentionner dans le récépissé que les deniers consignés ont été fournis au débiteur par le prêteur pour le paiement de la dette dont il s'agit. Si le receveur à la caisse des consignations n'avait pas qualité pour délivrer un récépissé valant à cet égard une quittance passée devant notaires, il y aurait presque impossibilité de réaliser cette subrogation lorsque le créancier ne voudrait pas recevoir son paiement, ou simplement ne voudrait pas donner quittance avec la déclaration exigée; ce qui n'a pu entrer dans la pensée du législateur. On trouve dans le *répertoire* de M. Merlin, V° *consignation*, n° 13, un arrêt du 25 février 1767, qui a jugé, au contraire, que la quittance donnée par le receveur des consignations produit le même effet qu'une quittance devant notaires; qu'elle opère également

la subrogation en faveur des prêteurs de deniers, lorsque la déclaration est faite dans cette quittance, que les deniers ont été prêtés pour faire le paiement, et que l'acte qui établit l'emprunt et sa destination est référé et daté dans la quittance.

132. Au surplus, la déclaration ne peut avoir effet qu'autant qu'elle est faite dans la quittance elle-même : faite même au bas ou au dos de la quittance, elle serait sans effet, parce qu'elle aurait eu lieu après coup, après l'extinction de la dette opérée sans subrogation valable.

133. Il n'est pas de rigueur que dans l'acte d'emprunt il soit expressément déclaré que le débiteur subroge le prêteur; l'article ne l'exige pas, comme il exige, dans sa première disposition, pour qu'il y ait subrogation par l'effet de la volonté du créancier, que celui-ci la consente expressément; il suffit, à cet égard, qu'il y soit mentionné que les deniers sont empruntés pour payer telle dette.

134. Les formalités ci-dessus ont pour objet de prévenir les abus et les fraudes. On a voulu empêcher que l'on ne fît revivre des dettes éteintes, pour favoriser un créancier au préjudice des autres, en lui faisant passer les priviléges et hypothèques qui étaient attachés à la créance. On a aussi pensé qu'un débiteur pourrait emprunter de plusieurs personnes pour éteindre sa dette, en leur promettant à toutes la subrogation, et employer ensuite les deniers empruntés à d'autres usages, ou ne faire passer la su-

brogation qu'à celle qui lui aurait prêté la dernière. Elles sont averties par la loi; aussi, dans le cas où celui qui ne veut prêter que sous la condition de la subrogation, ne serait pas bien assuré de la bonne foi de l'emprunteur, il agira prudemment s'il ne se dessaisit de ses deniers qu'au moment où le paiement aura lieu; car, s'il les lui remettait auparavant, et que cet emprunteur en fît un autre emploi, ou même les fît servir à l'extinction de la dette dont il s'agit, mais recevait, en l'absence du prêteur, une quittance qui ne constaterait pas que le paiement a été fait de ses deniers, la subrogation n'aurait pas lieu à son profit; comme elle n'aurait pas lieu non plus au profit de celui qui serait déclaré dans la quittance seulement, avoir fourni les deniers pour payer la dette.

135. Du reste, il est indifférent que ce soit le débiteur qui fasse le paiement, ou que ce soit le prêteur lui-même, agissant à cet égard au nom et en l'acquit du débiteur; et comme nous venons de le dire, le prêteur agira même plus prudemment s'il ne dessaisit pas de ses deniers avant que la quittance du créancier ne lui soit remise en bonne forme.

136. La loi ne fixe pas le temps dans lequel le paiement doit être fait depuis l'emprunt; c'est qu'il était en effet impossible d'en fixer un, puisque le paiement peut devoir être fait dans un lieu éloigné de celui où l'emprunt a été effectué, que le terme de la dette peut même n'être pas encore échu au

moment du prêt, quand cependant le débiteur n'a pas voulu laisser échapper l'occasion de faire cet emprunt, etc. etc. En conséquence, tant qu'il ne serait pas démontré que les deniers empruntés ont été employés à un autre usage, la déclaration faite dans la quittance que le paiement a eu lieu avec ces mêmes deniers, assurerait généralement la subrogation, lors même qu'il se serait déja écoulé un long temps, par exemple six mois, entre l'acte d'emprunt et celui de paiement; et la preuve de l'emploi à un autre usage ne devrait guère être admise que par des actes, et non par témoins. Mais il n'y aurait pas besoin de s'inscrire en faux contre la déclaration faite dans la quittance, parce que le notaire n'atteste rien autre chose à cet égard, si ce n'est la déclaration des parties que le paiement est fait des deniers empruntés à cet effet par le débiteur; or, il ne l'atteste pas *propriis sensibus*; il ne le sait, dans l'espèce, que parce qu'un autre acte le lui dit.

137. Cette espèce de subrogation, en ce qui concerne les priviléges et hypothèques, n'était au fond, dans le droit romain, ainsi que nous l'avons dit, qu'un consentement de la part du débiteur à ce que les biens hypothéqués au créancier, le fussent au prêteur, à la place de ce créancier, payé avec les deniers prêtés; aussi, d'après la loi 2, ff. *de pignerat. actione*, lorsque le débiteur avait vendu et livré la chose engagée, il ne pouvait plus attribuer à un tiers qui lui prêtait des deniers pour payer sa

dette, l'hypothèque qu'il avait donnée au créancier; et la convention qu'il avait faite à cet égard avec le prêteur était absolument sans effet, lors même qu'il eût été bien constant que le créancier avait été payé avec les deniers prêtés; car, dit le jurisconsulte Pomponius, dans cette loi, le prêteur des deniers ne pouvait recevoir de l'emprunteur une hypothèque sur une chose qui n'appartenait plus à celui-ci : l'acquéreur se trouvait donc avoir la chose affranchie de l'hypothèque par le paiement fait au créancier.

Mais s'il en devait être ainsi chez nous, il faudrait dire, par voie de conséquence, que la caution n'est point, sans un nouveau consentement de sa part, obligée envers le prêteur, qui serait peut-être pour elle un créancier plus rigoureux; car si le débiteur n'a pu le substituer à l'hypothèque du créancier après la vente qu'il a faite de la chose hypothéquée, sur le motif que ce serait constituer une hypothèque sur une chose qui ne lui appartient plus; par la même raison l'on peut dire qu'il n'a pas pu obliger envers le prêteur de deniers, la caution qui ne s'était obligée qu'envers le créancier; or, précisément l'art. 1252 porte que dans tous les cas de subrogation établie par les articles précédens, par conséquent dans celui dont il s'agit comme dans les autres, la subrogation a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs; et l'art. 1250 ne fait point non plus la distinction des lois romaines, touchant le cas où le débiteur consentait

la subrogation à celui qui lui prêtait des deniers pour payer la dette, postérieurement à l'aliénation des biens hypothéqués : aussi pensons-nous qu'on n'a point voulu admettre cette distinction dans le Code (1). L'acquéreur a reçu les biens affectés de l'hypothèque, et comme ils seraient encore grevés si le débiteur n'eût pas trouvé quelqu'un qui lui prêtât pour payer la dette, il ne doit pas se plaindre, non plus que les créanciers contre lesquels la subrogation aurait effet; leur position ne s'en trouve pas plus mauvaise, et l'attente du prêteur, qui n'a prêté que dans la vue de la subrogation, ne doit pas être déçue. S'il en était autrement, ce serait priver le débiteur du seul moyen peut-être qu'il a d'écarter un créancier fâcheux, et cependant il a un grand intérêt à ce que ce créancier soit payé; car s'il ne l'est pas, il agira par voie d'hypothèque contre l'acquéreur, et celui-ci exercera son recours en garantie contre son vendeur; or, nous pensons qu'en vendant les biens hypothéqués, le débiteur s'est réservé tacitement, non pas sans doute le droit de les hypothéquer encore, mais le droit de substituer aux créanciers hypothécaires d'autres per-

(1) M. Toullier décide le contraire, ainsi que M. Delvincourt. Ce dernier jurisconsulte dit toutefois que la subrogation légale et celle consentie par le créancier, n'ont pas moins lieu relativement aux hypothèques, quoique les biens hypothéqués ne fussent plus dans la main du débiteur au moment où ces sortes de subrogations seraient venues à s'opérer; car le motif qui lui fait décider le contraire dans le cas de subrogation opérée par la volonté du débiteur, ne se rencontre plus.

sonnes qui lui prêteront des deniers pour les payer. Tel est l'esprit de cette subrogation dans notre droit, parce qu'elle est plutôt de la créance qu'elle n'est la constitution d'une nouvelle hypothèque à la place de celle du créancier, ou du moins d'une hypothèque semblable, comme disent les docteurs; c'est absolument la même. D'ailleurs, pour supposer dans notre droit que c'est une autre hypothèque qui prend la place de celle du créancier payé, il faudrait dire aussi, pour être conséquent, que l'on doit remplir les formalités constitutives de l'hypothèque, et c'est ce qui n'est pas.

138. Les seules différences réelles que nous apercevions, dans les effets, entre cette subrogation et celle que le créancier lui-même a consentie, c'est que, 1° par cette dernière, le subrogé aurait le droit de réclamer les intérêts que le créancier pouvait légalement exiger; par conséquent, s'ils avaient été stipulés par un contrat antérieur à la loi du 3 septembre 1807, et à un taux supérieur à celui fixé par cette loi, le subrogé pourrait les exiger conformément à la stipulation; tandis que si le prêt avec subrogation était postérieur à ladite loi, le prêteur ne pourrait toujours réclamer du débiteur que les intérêts licites à l'époque du contrat de prêt.

2° Le créancier qui subroge est bien garant de tous les droits dans lesquels il subroge, mais uniquement de cela; en conséquence, s'il subroge simplement à *ses droits* sur le débiteur, sans autre

explication, il doit bien garantir l'existence de la créance, comme le devrait faire un cédant, et à plus forte raison encore, puisque c'est un *paiement* qu'il reçoit, et que tout paiement suppose une dette (art. 1235); mais il n'est point garant de la bonté des priviléges et des hypothèques, il n'est pas même garant de l'existence d'un privilége ou d'une hypothèque quelconque; il faudrait pour cela qu'il eût aussi nominativement subrogé à ses priviléges et hypothèques, auquel cas il serait garant, non pas du rang utile de ces droits, mais de leur existence et validité au jour du paiement; à moins encore, dans ce dernier cas, que l'acte de subrogation ne portât que le créancier subroge à ses priviléges et hypothèques *tel qu'il les a*, ou autre clause équivalente. Tandis que lorsque la subrogation est le résultat de la volonté du débiteur, le créancier n'est jamais garant de l'existence, de la conservation ou de la bonté des priviléges et hypothèques; il y aurait seulement lieu contre lui à l'action en répétition, s'il était prouvé qu'il n'y avait pas de dette, ou que la dette était moindre, et que le paiement a été fait par erreur. Cette action en répétition compéterait non-seulement au débiteur, mais aussi au prêteur qui a payé en vue de la subrogation; et si c'était ce dernier qui l'exerçât, le produit tournerait à la décharge du débiteur envers lui.

139. Le subrogé, dans le cas dont il s'agit, a,

outre l'action du créancier, avec les accessoires qui y sont attachés, l'action du prêt, puisqu'il est prêteur. Mais il est clair que dès qu'il est remboursé sur l'exercice de l'une ou l'autre action, tout est terminé, et le débiteur est libéré d'une manière absolue.

Ce concours d'actions n'est pas indifférent, car celle du créancier pourrait être sujette à quelque exception qui ne saurait être opposée au subrogé agissant en raison du prêt. Mais alors les priviléges, hypothèques et cautionnemens attachés à l'action du créaneier payé, seraient affectés de la même exception.

140. Outre ces deux cas de subrogations conventionnelles, on regarde aussi comme une subrogation, la convention par laquelle une femme mariée, ou tout autre créancier hypothécaire, substituent la personne avec laquelle ils traitent, à leur hypothèque légale sur les biens du mari, ou autre débiteur. C'est une cession éventuelle de leur créance hypothécaire, pour le cas où ils ne paieraient pas leur dette, et qui, comme toute cession, renferme la subrogation.

Il importe d'en parler ici en ce qui concerne la subrogation à l'hypothèque des femmes, matière qui a donné lieu à de nombreuses difficultés ; mais pour cela quelques observations préliminaires sont nécessaires.

141. En principe, un créancier n'a pas le droit d'être payé par préférence aux autres créanciers

du débiteur commun, sur le produit d'une créance qu'a ce dernier sur un tiers, quoique sa créance fût antérieure à celle des autres créanciers : l'antériorité du titre n'est point une cause de préférence : tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, qui s'en distribuent le prix par contribution, c'est-à-dire au marc le franc, lorsqu'il n'y a pas de quoi les payer tous intégralement, sauf les causes de légitime préférence ; et les seules causes de légitime préférence, sont les priviléges et les hypothèques. (Art. 2093).

La priorité de saisie n'est même d'aucune considération : les autres créanciers qui ont depuis formé opposition, mais dans les délais fixés par le Code de procédure pour régler la distribution des deniers, sont admis avec le premier saisissant, et le primeront même s'ils ont un privilége qui s'étende sur les objets saisis.

Tout créancier peut bien exercer les droits de son débiteur, au nom de celui-ci (art. 1166) ; il peut, en conséqence, prendre inscription sur les biens d'un tiers pour ce débiteur, et en son nom, si ce dernier a droit et néglige de le faire, et se présenter dans l'ordre ouvert sur le tiers ; mais le montant de la collocation du débiteur, doit, comme *chose mobilière*, être distribué entre tous les créanciers inscrits ou opposans avant la clôture de l'ordre (art. 778, Cod. de procéd.) ; en sorte que celu qui a pris l'inscription et qui a produit à l'ordre ouvert sur le tiers, n'a pas pour cela de préférence

à exercer sur les autres créanciers du débiteur commun, à moins qu'il n'ait un privilége, du nombre de ceux qui s'exercent sur la généralité des meubles; car, lors même qu'il aurait une hypothèque générale sur ses biens, comme celle qu'a la femme sur ceux de son mari, ou un mineur sur ceux de son tuteur, il ne serait pas pour cela préféré aux autres créanciers sur le montant de cette collocation, puisque l'hypothèque ne peut résider sur des meubles qui ont conservé leur qualité de *meubles* (art. 2118), et que le produit de l'hypothèque du débiteur est une chose mobilière.

142. C'est pour cette raison qu'il est avantageux, et en même temps d'un usage fréquent, lorsqu'on traite avec une femme mariée, de lui faire consentir la subrogation à son hypothèque légale sur les biens de son mari : alors le créancier, à défaut de paiement par la femme, exerce l'hypothèque de sa débitrice, au lieu et place de celle-ci, et en son nom, comme un cessionnaire proprement dit, qui est *procurator in rem suam* du cédant; et il est payé sur le montant de la collocation de la femme, par préférence aux autres créanciers de cette dernière, quand bien même leurs créances seraient antérieures à la sienne, ou qu'elles seraient privilégiées tandis que la sienne ne le serait pas : il a en sa faveur une cession de la créance de la femme, une cession éventuelle, il est vrai, c'est-à-dire pour le cas où celle-ci ne paierait pas sa dette, mais cela

ne fait rien; la cession peut même être absolue.

Mais précisément parce que c'est une cession, quoique les effets en soient conditionnels, le créancier subrogé, pour pouvoir opposer la subrogation aux tiers, doit remplir les formalités prescrites à un cessionnaire pour être réputé saisi à l'égard des tiers; et l'art. 1690 porte que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport au débiteur, ou par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. Toutefois, par cela même, si l'acte de subrogation est authentique, et que le mari y ait concouru, il y a acceptation authenthique de sa part, et il n'est plus besoin de lui faire signifier la subrogation, ou de la lui faire accepter par un autre acte.

Que si, au contraire, le créancier d'une femme mariée n'a pas obtenu d'elle la subrogation à son hypothèque légale sur les biens de son mari, il n'a point, en principe, de préférence sur les autres créanciers de sa débitrice, dans l'exercice de cette hypothèque au nom de celle-ci. Cela résulte incontestablement de la disposition de l'art. 778 du Code de procédure précité, article qui ne fait aucune distinction entre le créancier d'une femme mariée qui prend inscription pour sa débitrice et se présente dans l'ordre ouvert sur le mari, au nom de celle-ci, et le créancier de tout autre débiteur qui prend également inscription au nom de ce dernier; et effectivement il serait impossible d'établir entre eux une différence fondée en droit.

143. Mais en est-il de même dans les cas où le mari serait obligé avec sa femme, solidairement ou sans solidarité ?

En est-il de même surtout lorsque les deux époux, en s'obligeant solidairement, hypothèqent au créancier les biens sur lesquels porte l'hypothèque légale ?

Sur la première question, l'on doit dire, selon nous, que le créancier n'est point subrogé à l'hypothèque légale de la femme, si celle-ci n'a pas consenti la subrogation ; car quel est l'effet de l'obligation solidaire de la femme ? C'est de faire considérer cette dernière comme tenue *personnellement* de toute la dette par rapport au créancier ; mais elle n'a pas par là renoncé, au profit de ce dernier, à son hypothèque sur les biens de son mari, ni fait cession de sa créance sur lui ; elle a, au contraire, conservé ses droits pour tous ses créanciers présens et futurs.

Vainement dirait-on que le mari étant obligé envers le créancier sur tous ses biens (art. 2092), quoiqu'il ne les lui ait pas hypothéqués, la femme, sa coobligée solidaire, s'est par cela même interdit le pouvoir de rien faire qui s'oppose à l'exécution de l'obligation de l'un et de l'autre, et par conséquent d'exercer son hypothèque au préjudice de ce créancier ; que, par la même raison, ses autres créanciers n'ont pas pu davantage entraver cette exécution, les eût-elle ensuite subrogés expressément, puisqu'elle ne pouvait plus le faire utilement.

Car on répondrait que la femme, en s'obligeant solidairement avec son mari, s'est seulement ôtée par là le pouvoir de se faire payer de celui-ci au préjudice de l'opposition que formerait son créancier; mais elle n'a pas pour cela renoncé au droit d'exercer son hypothèque dans l'intérêt de tous ses créanciers indistinctement. Elle n'a fait, ni directement ni indirectement, la cession de son hypothèque; elle l'a, au contraire, conservée pour elle et pour tous ses créanciers présens et à venir.

144. Mais, et c'est la seconde question, lorsque deux époux, en s'obligeant solidairement, hypothèquent tous deux un immeuble sur lequel porte l'hypothèque légale de la femme (et l'on décide communément que la femme a aussi hypothèque sur les conquêts de la communauté, lorsqu'elle y renonce), alors nous pensons en effet que, quand bien même la femme n'a point spécialement subrogé le créancier à son hypothèque légale sur cet immeuble, n'a point renoncé à cette hypothèque en sa faveur, ce créancier peut l'exercer de préférence aux autres créanciers de la femme.

C'est ce qui a été jugé plusieurs fois : par la Cour de Paris, le 11 mars 1813 (1), ensuite par la même Cour, le 26 juin 1819 (2), et par celle de Lyon, le 22 juillet de la même année (3).

Toutefois, la Cour de Paris elle-même a jugé le

---

(1) Sirey, 13-2-161. — (2) Sirey, 19-2-248. — (3) Sirey, 20-2-125.

contraire, le 8 décembre 1819(1): cette Cour a décidé que, pour qu'il y ait subrogation à l'hypothèque légale de la femme, il ne suffit pas qu'elle s'oblige solidairement avec son mari, et qu'elle hypothèque avec lui un immeuble sur lequel portait son hypothèque légale; que ce n'est pas là une subrogation tacite; qu'ainsi, lorsque plusieurs obligations pareilles ont été successivement consenties, les divers créanciers ne peuvent demander à être colloqués sur le prix de l'immeuble d'après l'ordre de leurs titres ou de leurs inscriptions, mais que, au contraire, le montant de la collocation doit, comme chose mobilière, être distribué entre eux au marc le franc.

Nous ne saurions nous ranger à cette décision; nous pensons, au contraire, que le premier créancier doit être préféré aux autres, lors même que ceux-ci auraient pris inscription du chef de la femme sur les biens du mari, avant que ce premier créancier ne l'eût prise lui-même du chef aussi de sa débitrice.

En effet, la femmme, en hypothéquant à son créancier l'immeuble sur lequel portait son hypothèque légale, s'est obligée à ne rien faire qui pût nuire à l'exercice de celle qu'elle a consentie, et par cela même, à ne point exercer la sienne à son préjudice. Elle est garante de ses faits; elle a par là établi contre son action hypothécaire une fin de

---

(1) Sirey, 20-2-241.

non-recevoir, ou exception toute semblable à celle qu'un détenteur peut opposer à la personne qui, lui devant la garantie voudrait l'évincer; la maxime *is quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repelli exceptio*, lui est tout aussi bien applicable. Il y a renonciation tacite de sa part au droit de pouvoir exercer son hypothèque au préjudice du créancier à qui elle en a elle-même constitué une sur les mêmes biens; dès-lors, ses autres créanciers n'ont pu faire ce qu'elle-même ne pouvait plus faire, les eût-elle depuis formellement subrogés à son action hypothécaire; elle n'a pu leur conférer plus de droits qu'elle n'en avait elle-même.

C'est en conformité de ces principes, que la Cour de Cassation a jugé, par arrêt de cassation, du 14 janvier 1814 (1), que la femme qui s'était rendu co-venderesse solidaire avec son mari d'un immeuble affecté à son hypothèque légale, n'avait pu ensuite exercer cette hypothèque au préjudice de l'acquéreur auquel elle devait la garantie; qu'elle était non-recevable par l'effet de la règle ci-dessus, et par conséquent que ses créanciers ne pouvaient invoquer, pour l'exercer en son nom, même en vertu de subrogation expresse, une hypothèque qui s'était éteinte dans sa main, attendu qu'elle ne pouvait leur conférer des droits qu'elle avait perdus. On a vu dans l'obligation de garantie de la

(1) Sirey, 17-1-146.

femme, une renonciation virtuelle et nécessaire à son hypothèque en faveur de l'acquéreur (1).

Dans le droit romain, suivi en cela dans notre ancienne jurisprudence, et qui le serait encore aujourd'hui, du moins généralement, lorsqu'un créancier hypothécaire donnait son consentement à l'acte par lequel le débiteur hypothéquait à un autre créancier le bien soumis à son hypothèque, il était censé renoncer à son droit, du moins en faveur du nouveau créancier (2); car, comme le consentement d'un créancier hypothécaire n'est point nécessaire pour que le débiteur puisse hypothéquer les mêmes biens à d'autres personnes, on concluait naturellement de celui qu'il avait donné, que sa volonté avait été de renoncer à sa propre hypothèque, ou au moins au droit de l'exercer au préjudice du nouveau créancier. Or, à plus forte raison, doit-il en être ainsi du cas où la femme ne se borne pas simplement à donner son consentement à ce que son mari hypothèque à un tiers les biens frappés de l'hypothèque légale, mais qu'elle les hyppothèque elle-même avec lui pour sûreté de sa propre obligation; la renonciation en faveur du

(1) Nous rectifions donc ce que nous avions écrit de contraire à cette décision particulière, dans notre Traité *des contrats*, n° 795.

(2) D'après la loi 12, ff. *quib. modis pignus vel hypoth. solvit.*, le consentement donné par un premier créancier à ce que le débiteur hypothéquât la même chose à un troisième, profitait même au second, qui par là acquérait la priorité absolue. C'était toutefois une question de fait et d'intention, ainsi que le dit le jurisconsulte Marcien dans la loi 12, § 4, ff. *qui potiores*.

créancier s'explique tout à la fois par le consentement de la femme, et par l'effet de son obligation de garantir le créancier, par conséquent de ne point le troubler ni par elle-même ni par ses ayant-cause.

L'article 2144, qui veut que pour que la femme puisse consentir à la restriction de son hypothèque légale, pendant le mariage, à certains immeubles, elle ait pris l'avis de ses quatre plus proches parens réunis en assemblée de famille, et l'article suivant, qui prescrit un jugement rendu sur les conclusions du ministère public pour faire opérer cette réduction, ne sont point applicables au cas dont il s'agit, parce que la femme ne fait point là une simple réduction de son hypothèque; loin de là, elle l'exerce, puisqu'elle en confère les effets à son créancier, et que ce n'est que sous cette condition, on doit le supposer, qu'il a voulu contracter avec elle.

Il n'y a, au surplus, aucune difficulté lorsque la femme en s'obligeant seule, dûment autorisée, ou conjointement avec son mari, avec ou sans solidarité, n'importe, subroge expressément le créancier avec lequel elle traite, à son hypothèque légale, soit que les époux aient ou non hypothéqué à ce même créancier les biens sur lesquels porte cette hypothèque: alors l'art. 778 du Code de procédure cesse d'être applicable, en tant qu'il veut que le montant de la collocation du débiteur qui a hypothèque sur les biens d'un tiers, soit distribué,

comme chose mobilière, entre tous ses créanciers inscrits ou opposans avant la clôture de l'ordre. C'est une cession, une cession évenduelle que la femme fait de sa créance sur son mari, dans le cas où elle ne paierait pas elle-même sa dette; c'est donc au fond une subrogation au profit de ce créancier. Telle est la décision d'un arrêt de la Cour royale de Paris, en date du 15 mai 1815 (1); d'un autre de la même Cour, du 12 décembre 1817 (2), et enfin, d'un arrêt de la Cour de Metz, du 13 juillet 1820 (3). Ces deux derniers arrêts ont de plus jugé que dans le cas de plusieurs subrogations successives en faveur de plusieurs créanciers de la femme, la priorité dans la collocation est déterminée par la date de chaque subrogation, et non par l'inscription prise par chaque créancier en vertu de la subrogation à lui consentie.

145. Mais comme la femme n'a pas une hypothèque de la même date pour toutes les créances qu'elle peut avoir sur son mari, il importe d'entrer dans quelques explications à cet égard.

Suivant l'art. 2135, la femme a hypothèque sur les immeubles de son mari, indépendamment de toute inscription, pour raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, à compter du jour du mariage;

Pour les sommes dotales qui proviennent de

---

(1) Sirey, 1817-2-52. — (2) Sirey, 1818-2-150.

(3) Sirey, 1821-2-176.

succession à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, à compter de l'ouverture des successions, ou du jour où les donations ont eu leur effet.

Et pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et le remploi de ses propres aliénés, à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

Tel est l'ordre qu'on observe dans la collocation de la femme, d'où il suit que pour sa dot et ses conventions matrimoniales, elle primera tel ou tel des créanciers du mari, et pourra cependant être primée par lui pour ses autres créances.

Et comme en matière de subrogation tout est de droit étroit, que la subrogation ne s'étend pas d'une chose à une autre, il s'ensuit que si la femme à simplement consenti à Paul la subrogation à son hypothèque légale *pour sa dot et ses conventions matrimoniales*, Paul ne pourra pas prétendre qu'il est subrogé aussi à l'hypothèque de sa débitrice pour les autres objets, à raison desquels elle a pareillement hypothèque, quand même elle se trouverait, lors de la subrogation, créancière de son mari pour l'une ou plusieurs des causes ci-dessus. A plus forte raison, si elle ne l'était pas encore. La subrogation sera limitée à l'hypothèque *pour la dot et les conventions matrimoniales;* en sorte que si la femme a consenti ensuite à Pierre la subrogation à son hypothèque, à raison, par exemple, *d'une donation qui lui a été faite*, ou *pour*

le remploi d'un propre aliéné, Pierre aura, pour cet objet, la priorité sur Paul, comme Paul l'aura sur lui pour la dot et les conventions matrimoniales. Cela est incontestable.

Mais comme *les sommes dotales qui proviennent de successions échues à la femme* sont une partie de *sa dot*, parce qu'il n'y a de *dotal* que ce qui est compris dans la dot, il nous paraît certain aussi que Paul, premier créancier, devra avoir, pour ces sommes, la priorité sur Pierre, lors même que lesdites successions ne seraient échues à la femme que depuis la seconde subrogation. En effet, la subrogation n'est rien autre chose ici que le résultat d'une cession éventuelle que fait la femme à son créancier, pour le cas où elle ne s'acquitterait pas envers lui : ce peut même être une cession pure et simple, un véritable transport, donnant des droits absolus au créancier, comme ceux que donne une délégation proprement dite. Mais en la supposant même éventuelle, ce n'en est pas moins une cession de la créance dotale de la femme; or, les choses futures pouvant être la matière des conventions (art. 1130), la femme a pu comprendre dans la subrogation à son hypothèque légale *pour sa dot* et ses conventions matrimoniales, tout ce qui ferait partie de sa dot; et elle est censée l'avoir fait, puisqu'elle n'a mis à la subrogation aucune restriction.

Elle n'a pas à cet égard pactisé sur successions futures, ce qui est défendu par la loi (*ibid*): elle a

seulement consenti une subrogation aux créances qu'elle pourrait avoir un jour sur son mari, par suite de l'échéance de ces successions. Si elle a pu les faire entrer elles-mêmes et directement dans sa dot, sans être pour cela censée stipuler sur succession future, elle a bien pu, par la même raison, subroger son créancier aux droits qu'elle pourrait avoir à exercer à ce sujet contre son mari. Et que l'on ne dise pas qu'elle n'est point censée avoir eu en vue des successions qui n'étaient pas encore ouvertes, car on répondrait qu'elle ne pouvait ignorer que les sommes qui proviendraient de ces mêmes successions seraient dotales, feraient partie de sa dot : par conséquent, en subrogeant généralement à son hypothèque pour sa dot, elle a donc compris tout ce qui faisait alors partie de sa dot, et tout ce qui en ferait partie dans la suite.

En effet, dans le cas même où la femme est mariée sous le régime dotal proprement dit, la constitution de dot peut comprendre tous les biens à venir, comme les biens présens (art. 1542) : Si donc la convention embrasse aussi les biens à venir, elle embrasse par cela même les successions qui échoiront à la femme, et il est vrai de dire que les sommes qui proviendront de ces successions font partie intégrante de la dot, à laquelle a été subrogé Paul avant qu'une autre subrogation ait été consentie à Pierre.

Il en est de même du cas où la femme est mariée sous le régime exclusif de communauté sans

séparation de biens; sa dot, dans ce cas aussi, se compose de tout ce qu'elle apporte lors du mariage et de tout ce qui lui échoit pendant son cours; et c'est le mari qui perçoit tout le mobilier qui échoit à sa femme pendant le mariage. (Art. 1531.)

Enfin, dans le cas de communauté, la dot de la femme comprend pareillement le mobilier qui lui échoit pendant le mariage, à quelque titre qu'il lui provienne, sauf stipulation contraire, ou réalisation de ce mobilier. La part de la femme dans la communauté représente sa dot, et si la femme a stipulé la reprise de ses apports en cas de renonciation à la communauté, et qu'elle renonce en effet, elle reprend tout ce qui y est entré de son chef, par conséquent sa dot elle-même.

Dans ces trois cas, les sommes dotales provenant de successions ont donc été comprises dans la subrogation à la *dot* de la femme et à ses conventions matrimoniales.

Peu importe que la femme n'ait hypothèque sur les biens de son mari à raison des sommes dotales provenant de successions à elle échues, qu'à compter du jour de l'ouverture desdites successions; cela ne fait rien à la question; le subrogé n'exercera lui-même, à ce titre, et pour cet objet, qu'une hypothèque de même date. Et vainement, encore une fois, dirait-on que la femme n'a pu conférer la subrogation pour des droits qui n'existaient pas encore, parce que c'eût été conférer la cession

d'une hypothèque qui n'existait point elle-même ; nous répondrions qu'elle l'a pu faire éventuellement, puisque les choses futures peuvent être la matière des conventions. Or, nous soutenons qu'elle l'a fait, puisqu'elle n'a mis aucune restriction à la subrogation pour *sa dot* et ses conventions matrimoniales.

Mais, *quid juris,* si la subrogation consentie à Paul l'a été, en termes généraux, *à l'hypothèque légale de la femme, sur les biens de son mari*, sans autre addition ni explication ? S'étendra-t-elle à d'autres droits que ceux pour lesquels la femme avait alors hypothèque ?

Nous ne le croyons pas ; les parties ne sont pas censées avoir eu en vue des droits éventuels. La subrogation ne devrait point comprendre, par exemple, une donation qui aurait été faite à la femme plusieurs années après, ni les sommes dotales provenant d'une succession ouverte seulement depuis. Si nous avons décidé le contraire dans le cas précédent, à l'égard des créances de la femme sur son mari à raison d'une succession à elle échue, quoique cette succession ne fût pas encore ouverte au moment de la subrogation, c'est parce que dans ce cas la femme a subrogé à son hypothèque pour *sa dot* et ses conventions matrimoniales, et que les sommes provenant de cette succession sont *dotales*, font par conséquent partie de la dot, et, comme telles, sont comprises dans la *subrogation à la dot*. Au lieu que la convention

de subrogation *à l'hypothèque légale de la femme*, sans autre addition ni désignation, ne nous paraît devoir comprendre que les causes pour lesquelles la femme était alors créancière de son mari, et non des droits ultérieurs, auxquels elle n'a peut-être pas songé.

Lorsque divers créanciers sont subrogés aux mêmes droits de la femme, par un même acte ou par des actes différens, mais de même date, ils concourent au marc le franc sur le produit de ces droits; et, dans tous les cas, les subrogés n'exerçant que l'hypothèque de leur débitrice, ils ne sont colloqués que dans l'ordre tracé par l'art. 2135; ce qui donne lieu à plusieurs questions importantes, qui ont leur siége au titre des *Priviléges et hypothèques*.

Art. III.

De la subrogation légale.

146. Nous avons vu comment s'opère la subrogation conventionnelle, soit par la volonté du créancier, soit par celle du débiteur; il convient maintenant de parler de celle qui s'opère par la disposition de la loi, dans les cas déterminés par elle, et ensuite nous traiterons des effets de la subrogation en général.

147. Quoique le Code n'ait assurément pas tranché toutes les difficultés que présente cette matière délicate, néanmoins, en établissant dans quels cas

il y aurait subrogation de droit, et sans qu'il soit besoin de convention à cet égard, il en a levé plusieurs, qui étaient graves dans les anciens principes.

En effet, les lois romaines, que l'on suivait généralement en France sur la matière des contrats, fournissaient, sur certains cas, des argumens pour et contre la subrogation; la jurisprudence des parlemens, en conséquence, était loin d'être uniforme, et les auteurs, par la même raison, étaient aussi divisés d'opinion.

Dumoulin, dans les leçons solennelles qu'il fit à Dôle, a soutenu, contre le sentiment unanime des docteurs, que le débiteur solidaire et les fidéjusseurs qui ont payé la dette sont subrogés de plein droit à l'action du créancier contre les codébiteurs, le débiteur principal, et les cofidéjusseurs. Il partait de ce principe d'équité qui nous commande de faire le bien d'autrui lorsqu'il ne doit en résulter pour nous aucun préjudice, et lorsque d'ailleurs la chose est juste en soi, principe sur lequel était fondée, dans le droit romain, l'exception *cedendarum actionum*, par laquelle un codébiteur ou un fidéjusseur poursuivi en paiement de la dette, pouvait repousser le créancier, si celui-ci ne voulait pas lui céder ses actions. Or, disait Dumoulin, le débiteur solidaire ou le fidéjusseur qui a payé la dette est censé s'être réservé cette cession, puisqu'il pouvait l'exiger, et qu'on ne doit pas présumer qu'il ait entendu répudier un si grand

avantage : *Nemo res suas jactare præsumitur* (1).

La doctrine de Dumoulin n'avait toutefois point prévalu au parlement de Paris, ni dans la plupart des autres coutumes (1). On disait que la subrogation est de droit étroit, qu'elle a besoin d'être établie par une loi lorsqu'elle n'est pas convenue, et qu'aucun texte du corps du droit romain (3) ne déclarait un codébiteur ou un cofidéjusseur subrogé de plein droit aux actions du créancier par lui payé.

Pothier lui-même, si attaché à tout ce qui est équitable, répondait aux raisonnemens de Dumoulin en disant que, à la vérité, le codébiteur solidaire, la caution ou le cofidéjusseur, pouvaient exiger, en payant la dette, que le créancier leur cédât ses actions, ou du moins repousser sa demande *per exceptionem cedendarum actionum ;* mais que c'était une faculté dont ils pouvaient user ou ne pas user ; qu'ainsi il était nécessaire qu'ils manifestassent leur intention à cet égard; et qu'en

---

(1) En ce sens on pouvait citer, par induction, la L. 36, ff. *de fidejuss. et mandat*, et plus positivement la L. 2, Cod. *de duob. reis.*; mais en sens contraire, on pouvait citer la L. 39, ff. aussi *de fidejuss.*, la L. 76, *de solut.*, et la L. 62, ff. *ad legem falcid.*

(2) Voyez au Répertoire de M. Merlin l'article *Subrogation de personnes*, sect. 2, § 5; Renusson, *Traité de la subrogation*, chap. 7, n° 68, et Pothier, *Traité des obligations*, n° 280.

(3) Au contraire, en principe, dans le droit romain, le débiteur solidaire non associé qui avait payé la dette sans se faire céder les actions du créancier, n'avait point de recours à exercer contre ses codébiteurs. C'est ce qui résulte clairement de la loi 62, ff. *ad legem falcidiam*, que nous avons analysée au tome précédent, n° 171.

admettant qu'ils aient eu la volonté d'exiger la subrogation, cette volonté gardée en eux-mêmes et restée sans manifestation, ne suffisait pas pour la leur faire acquérir, parce que pour acquérir les droits d'un autre, il faut le concours des volontés de celui qui acquiert et de celui qui transmet, et qu'on ne peut, dans l'espèce, connaître celle du créancier.

Cela est rigoureusement vrai en logique et en droit, mais ce n'est pas avec des principes absolus qu'on peut établir une législation appropriée aux besoins de la société. Les Romains l'avaient si bien senti, que leur droit prétorien avait principalement pour objet de corriger, par des voies indirectes et des moyens d'équité, ce que le droit civil pouvait avoir de trop rigoureux dans ses conséquences absolues. L'on ne peut donc qu'applaudir aux auteurs du Code, d'avoir, comme le voulait Dumoulin, consacré la subrogation de plein droit en faveur du codébiteur solidaire, du cofidéjusseur et de la caution unique qui paient la dette, en l'établissant d'une manière générale en faveur de tous ceux, qui, *étant tenus avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avaient intérêt de l'acquitter.*

148. Cette subrogation est l'effet de la cession des actions du créancier dans l'ancien droit; c'est une cession supposée.

Elle a lieu d'après l'art. 1251, dans les quatre cas suivans :

1° « Au profit de celui qui, étant lui-même

« créancier, paie un autre créancier qui lui est pré-
« férable à raison de ses priviléges ou hypothèques;

« 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble « qui emploie le prix de son acquisition au paie- « ment des créanciers auxquels cet héritage était « hypothéqué;

« 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'au- « tres ou pour d'autres au paiement de la dette, « avait intérêt de l'acquitter;

« 4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a « payé de ses deniers les dettes de la succession. »

149. Quant au premier cas, l'on sent que si le créancier ne payait pas celui qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques, ce dernier pourrait faire vendre judiciairement les biens du débiteur, et la vente entraînant des frais considérables, qui en diminueraient d'autant le produit, ce serait en définitive sur ce créancier que retomberait la perte causée par le déficit. Au lieu qu'au moyen du paiement fait au créancier antérieur, celui qui paie pourra prendre des arrangemens avec le débiteur, lui donner du temps et attendre, s'il y a nécessité de recourir à la vente, des circonstances plus favorables pour la faire faire à meilleur prix. Le débiteur aussi trouve un grand avantage dans ce parti, en ce qu'il est débarrassé d'un créancier qui le poursuivait peut-être avec rigueur, ou menaçait de le poursuivre, car, au moyen des arrangemens qu'il pourra prendre avec

celui qui a fait le paiement, il aura plus de facilité pour se libérer, et il empêchera peut-être par là que ses biens ne soient vendus, ou ne le soient aussi désavantageusement qu'ils l'auraient été. Mais pour qu'un de ses créanciers voulût lui procurer cet avantage, il fallait qu'il fût assuré de pouvoir recouvrer le montant de ses avances; or, c'est ce qui a lieu au moyen de la subrogation, en faveur de ce créancier, à la place et dans le rang d'hypothèque de celui à qui il a fait le paiement. Il lui *succède* dans la créance : *in locum vel in jus ejus succedit*, comme disent les lois romaines (1).

150. Il y avait toutefois dans le droit romain, quant à cette subrogation, une raison particulière qui n'existe pas dans notre droit, ancien et nouveau; et c'est même cette raison qui a été le principal fondement de la subrogation dont il s'agit (2).

Suivant le système hypothécaire du droit romain, celui qui avait une première hypothèque sur les biens de son débiteur pouvait disposer de la chose et la vendre, à défaut de paiement, s'il en était convenu avec lui; et s'il n'en était pas convenu, il pouvait la faire vendre par autorité de justice, ou faire ordonner sa mise en possession de l'ob-

---

(1) Voyez la L. 2, ff. *de distract. pignor.* L. 11, § 4; L. 12, § 6; et L. 16, *qui potiores in pign. hab.*; et les LL. 5 et 6, Cod., au même titre.

(2) Voyez Renusson, *Traité de la subrogation*, chap. IV, n° 2 et suivans.

jet hypothéqué. Le débiteur pouvait bien obliger la même chose à d'autres créanciers après l'avoir hypothéquée à un premier, mais il n'y avait que le créancier plus ancien ou un créancier ayant hypothèque privilégiée, qui pût la faire vendre par autorité de justice; et si un créancier postérieur l'avait vendue ou fait vendre, même par autorité de justice, la vente n'avait aucun effet au préjudice du créancier hypothécaire antérieur ou privilégié, dont les droits demeuraient toujours conservés sur la chose hypothéquée; ce qui a fait dire à Antoine Faber, *de erroribus pragmaticorum*, *lib.* 1, qu'un créancier postérieur en ordre d'hypothèque, *nullum pignus habere intelligebatur, quamdiù prioris creditoris jus subsistebat.*

Si la chose hypothéquée valait davantage que ce qui était dû au créancier plus ancien, le créancier postérieur pouvait bien agir pour la conservation de ses droits, poursuivre son paiement sur la chose qui lui était hypothéquée, et, pour cela, la faire vendre, mais auparavant il fallait qu'il mît le créancier plus ancien hors d'intérêt en le payant de sa créance, ou du moins en lui en offrant régulièrement le montant, et en consignant la somme, au refus par celui-ci de la recevoir: alors il avait le droit de faire vendre l'objet hypothéqué, comme s'il eût été premier créancier; il avait succédé aux droits de celui auquel il avait fait ou offert régulièrement le paiement de sa créance: *Cùm secundus creditor, oblatâ priori pecu-*

cuniâ in locum ejus succedit, porte la loi 2, ff., *de distract. pignor.* précitée; et le refus du premier créancier, de recevoir le paiement de sa créance, l'empêchait de pouvoir exercer son droit d'hypothèque : *Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est an competat ei hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere; et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cùm per eum fiat ne ei pecunia solvatur.* L. 11, § 4, ff., *qui potiores in pignore vel hypoth. habeantur.*

Au contraire, dans le droit français, ancien et actuel, tout créancier ayant hypothèque ou privilége sur un immeuble, le dernier comme le premier en ordre d'hypothèque, et lors même qu'évidemment sa valeur de l'immeuble serait absorbée par ceux qui le précèdent, a le droit, lors de l'exigibilité de la créance, de poursuivre la vente, faute de paiement; seulement il ne peut le faire que trente jours après commandement fait au débiteur, et sommation au tiers détenteur, si l'immeuble est dans les mains d'un tiers qui n'a point rempli les formalités pour la purge des hypothèques (art. 2169). C'est même pour cela que la purge a été introduite, en sorte que le motif particulier qui, dans le droit romain, avait servi de fondement principal à la subrogation dont il s'agit, ne subsiste pas chez nous; mais ceux que nous avons indiqués, et qui n'étaient pas sans force non plus dans la législation romaine, suffisent pour la justifier.

151. D'après cela, si le créancier antérieur en ordre d'hypothèque ne veut pas recevoir le paiement de sa créance, le créancier postérieur peut lui faire des offres et consigner, et la subrogation aura lieu.

Il n'est pas nécessaire non plus que le débiteur consente au paiement; le créancier peut même le faire nonobstant son opposition; il a intérêt à écarter le créancier qui lui est préférable.

152. Il se présente sur ce cas de subrogation deux questions importantes.

La première est celle de savoir si la subrogation légale existe pareillement au profit du créancier qui en paie un autre postérieur en ordre d'hypothèque sur les mêmes biens?

Et secondement, si elle a lieu au profit d'un créancier non privilégié ni hypothécaire, ou ayant hypothèque ou privilége sur d'autres biens que ceux qui sont affectés au créancier qu'il paie?

Renusson décidait la première question par l'affirmative. Il s'exprime en ces termes dans son *Traité de la subrogation*, chap. IV, n° 14.

« On ne peut pas douter, *è converso,* que le « créancier qui voudrait payer le créancier posté- « rieur, ne fût pareillement subrogé de plein droit « à ce créancier postérieur, par le paiement. En effet, « il peut arriver qu'un créancier antérieur, pour « ménager le bien du débiteur commun, et éviter « les contestations, voudra payer le créancier posté-

« rieur, et, en ce cas, il est raisonnable que le « créancier antérieur ait pareil avantage que le « postérieur, c'est-à-dire qu'il soit pareillement « subrogé de plein droit par le paiement au créan- « cier postérieur. Et même par le droit romain, le « créancier antérieur avait *jus offerendi* préférable- « ment au créancier postérieur; il pouvait avoir in- « térêt de se conserver la chose hypothéquée, et « d'exclure le créancier postérieur, en lui payant « ce qui lui était dû; et cela doit avoir lieu parmi « nous encore à plus forte raison, parce que, sui- « vant notre usage, tous créanciers hypothécaires « ayant droit de poursuivre leur paiement et de « faire vendre le bien de leur débiteur, le dernier « créancier comme le plus ancien, il pourrait arri- « ver que le bien du débiteur étant de peu de va- « leur pourrait être consommé en frais par un « créancier postérieur qui le ferait vendre : le « créancier antérieur payant ce créancier posté- « rieur pour faire cesser la poursuite et empêcher « les frais, il est bien juste que par le paiement « il soit subrogé de plein droit au créancier pos- « térieur. »

Et cependant Renusson lui-même enseigne dans son Traité, notamment au n° 1 du même chapitre, que « hors les cas exprimés par la loi, il n'y a point « de subrogation, si elle n'a été expressément sti- « pulée et convenue lors du paiement; car il n'y « a de subrogation de droit que dans les cas dé- « terminés par le droit; ce qui est observé par

« M. Charles Dumoulin, *lectione dolana*, n° 41 : *non* « *transeunt actiones ipso jure, nisi in casibus jure* « *expressis.* » Or, aucune loi n'établit la subrogation en faveur d'un créancier qui paie un autre créancier auquel il est préférable à raison de ses priviléges et hypothèques : tous les textes qui parlent de cette subrogation statuent sur des cas où c'est, au contraire, un créancier postérieur en ordre d'hypothèque qui paie un créancier antérieur à lui : l'art. 1251-1° du Code civil ne prévoit pareillement que l'hypothèse d'un créancier qui en paie un autre qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. C'est très probablement une inadvertance de la part des rédacteurs du Code, de ne l'avoir pas consacrée aussi pour le cas dont il s'agit; mais enfin ils ne l'ont pas fait; et comme en cette matière tout est de droit étroit, nous n'oserions décider qu'elle existe en effet. Si l'on revise jamais le Code, c'est une lacune que l'on s'empressera probablement de faire disparaître. M. Toullier pense comme nous, qu'elle n'existe pas, mais qu'on aurait dû l'admettre.

153. Quant à la seconde question, Renusson (1) et les autres auteurs (2) qui ont traité de la ma-

---

(1) Traité de la subrogation, chap. 4, n° 14.

(2) Notamment Le Prêtre, qui s'exprime ainsi, *Centur.* 1, chap. 69 : *Si extraneus vel simplex creditor chirographarius solvat primo creditori, in ejus locum non succedit, nisi hoc conventum sit...*

Dumoulin, *de Usuris*, n° 176, n'accorde aussi la subrogation qu'à un créancier hypothécaire qui en paie un autre qui lui était préférable. En un mot, c'était une doctrine constante.

tière dans les anciens principes, décidaient, au contraire, qu'un simple créancier chirographaire qui paie de ses deniers un créancier hypothécaire n'est point subrogé de plein droit à l'hypothèque de ce créancier. Ces auteurs disaient « qu'un créan-« cier chirographaire est étranger aux biens qui « sont hypothéqués à d'autres, et qu'il est sem-« blable à un tiers qui a payé la dette sans se « faire consentir la subrogation. » Ce raisonnement n'était assurément pas très concluant; car il n'est pas vrai de dire qu'un créancier chirographaire, dans notre droit, est étranger aux biens qui sont hypothéqués à d'autres, puisqu'il peut les faire saisir et vendre comme s'il avait sur ces biens une hypothèque; seulement, il sera payé après les créanciers hypothécaires, et s'il reste quelque partie du prix de libre. Quoi qu'il en soit, le Code ne distingue pas : il accorde la subrogation à celui qui, « étant « lui-même créancier, paie un autre créancier qui « lui est préférable à raison de ses priviléges ou « hypothèques. » Or, un créancier hypothécaire est préférable à un créancier simplement chirographaire, comme à un autre créancier hypothécaire venant après lui en ordre d'hypothèque. D'ailleurs les vrais motifs de la loi, en établissant cette subrogation, militent tout aussi bien, dans notre droit, en faveur d'un créancier chirographaire, qu'en faveur d'un créancier hypothécaire : le premier a, comme le second, intérêt à ce que les biens du débiteur ne soient pas mangés en frais; et le

débiteur lui-même a intérêt aussi à être libéré envers un créancier, peut-être rigoureux, qui le poursuit ou menace de le poursuivre.

Si l'on objectait que de cette manière un créancier chirographaire, peut-être pour une faible somme, pourra acquérir l'action du créancier hypothécaire malgré ce dernier, qui ne veut pas lui consentir la subrogation, et qu'il sera peut-être pour le débiteur un créancier beaucoup plus rigoureux; que ce sera peut-être un moyen qu'il emploiera pour satisfaire quelque animosité secrète, nous répondrions que cela n'est en effet point impossible; mais, d'une part, on ne doit pas le supposer, parce que la malice et la mauvaise foi ne se supposent pas; et, d'autre part, la chose serait possible également de la part d'un créancier hypothécaire qui en paierait un autre qui lui serait préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques : il serait possible aussi en effet que ce créancier ne le fût que pour une faible somme, et qu'il ne dût même pas venir en ordre utile sur le produit des biens, auquel cas son hypothèque ne serait hypothèque que *nomine tenus*, et cependant on ne pourrait pas lui disputer la subrogation légale. En un mot, l'article 1251 ne distingue pas; il ne suppose pas nécessairement que c'est un créancier hypothécaire qui en paie un autre de même qualité; il parle simplement d'un créancier qui en paie un autre qui lui est préférable à raison de ses priviléges et hypothèques : or, encore une fois, c'est ce qui a lieu

dans le cas où c'est un créancier chirographaire qui fait le paiement, comme lorsque c'est un créancier hypothécaire.

Si l'on objectait qu'il y a contradiction entre les deux décisions ci-dessus; qu'un créancier avec hypothèque ne cesse pas d'être créancier chirographaire pour cela, et que pour être conséquent nous devrions lui accorder la subrogation aux droits du créancier postérieur en ordre d'hypothèque qu'il paie, puisque nous l'accordons au créancier chirographaire, nous répondrions qu'assurément nous l'aurions accordée à l'un comme à l'autre si nous avions fait la loi. Mais elle est ainsi, et en cette matière tout est de rigueur. M. Toullier admet bien comme nous que la subrogation de plein droit a lieu au profit du créancier chirographaire qui paie un créancier hypothécaire, mais il dit aussi comme nous que le Code, on ne sait pourquoi, ne l'a pas accordée au créancier hypothécaire qui paie un autre créancier ayant hypothèque sur les mêmes biens postérieurement à lui.

154. Le créancier qui a payé un autre créancier qui lui était préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques, a la subrogation pour les intérêts qu'il a payés comme pour le capital, mais il n'a pas le droit de réclamer les intérêts des intérêts qu'il a payés au créancier, attendu, dit le jurisconsulte Marcien, dans la loi 12, § 6, ff. *qui potiores*, d'après Papinien, qu'il a fait plutôt son affaire que

celle du débiteur : *non enim negotium alterius gessit, sed magis suum.* D'ailleurs il est tout simple que ce paiement n'aggrave pas la condition du débiteur, en lui faisant payer des intérêts d'intérêts qu'il n'aurait pas été obligé de payer au créancier.

Cela n'est point contraire à la disposition de l'art. 1155, portant que la somme payée pour intérêts par un tiers, en l'acquit du débiteur, produit elle-même intérêt en faveur de ce tiers, encore que les intérêts payés fussent dus pour moins d'une année; car cette disposition ne s'applique qu'aux seuls cas où celui qui a payé ces intérêts, l'a fait comme mandataire ou caution du débiteur, ou administrateur de ses biens, ou par pure gestion d'affaires, et non au cas où il l'a fait pour son propre avantage. Vainement dirait-il que tout ce qu'il a payé ne forme pour lui qu'un seul et même capital, comme s'il eût payé en qualité de caution ou de mandataire, il ne serait pas écouté. Et il n'aurait même droit aux intérêts du principal qu'il a payé, qu'autant que le créancier lui-même aurait pu les réclamer du débiteur, et seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il eût pu en exiger au moment du remboursement fait par ce dernier.

155. Non-seulement un créancier postérieur en ordre d'hypothèque ou de privilége, en payant un autre créancier qui lui est préférable, entre dans les droits de ce dernier, mais encore un créancier peut se subroger à lui-même en ce qui touche son privi-

lége ou son hypothèque. C'est ce qui a lieu lorsqu'il fait novation de sa créance, et qu'il réserve, pour sûreté de la nouvelle, et à leur date primitive, les priviléges et les hypothèques attachés à la première : *Nam superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquàm in suum locum succedenti.* L. 3, *princip.* L. 12, § 5, ff. *qui potiores*, et article 1278. Nous reviendrons sur ce point quand nous traiterons de la novation.

156. Le deuxième cas de subrogation légale, d'après l'article 1251, est, comme nous l'avons dit, celui où l'acquéreur d'un immeuble emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.

La subrogation dont il s'agit a lieu, soit que l'acquéreur ait payé les créanciers en vertu de délégations faites par le vendeur, soit qu'il les ait payés sur des saisies-arrêts faites par eux entre ses mains pour son prix, soit enfin qu'il les ait payés sur des poursuites hypothécaires, ou même hors le cas de poursuites : la loi ne distingue pas.

157. Et bien qu'elle parle *de l'emploi du prix*, et qu'en matière de subrogation tout soit de rigueur, néanmoins nous ne doutons pas que si l'acquéreur payait des créanciers ayant hypothèque sur la chose, après avoir déja payé son prix au vendeur ou à d'autres créanciers de celui-ci, il n'y eût également subrogation aux droits de ceux qu'il aurait payés. Cela n'a jamais fait de doute, ainsi qu'on peut le voir dans

Renusson, *Traité de la subrogation*, chap. V. En effet, le but de la loi, en établissant cette subrogation, dont on trouve le principe dans la L. 3, au Code, *de his qui in locum prior. credit. succedunt*, a été de donner à l'acquéreur un moyen indirect de conserver la chose par lui acquise, en rendant sans intérêt à en poursuivre la vente les créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque à ceux qu'il a payés, et dont il prendrait la place, si ces créanciers postérieurs faisaient vendre la chose : or, ce motif est tout aussi bien applicable à l'acquéreur qui, ayant déja payé son prix, paie encore de ses deniers des créanciers hypothécaires qui le poursuivent ou peuvent le poursuivre en sa qualité de détenteur, qu'à l'acquéreur qui emploie son prix au paiement de ces créanciers. Le premier est même encore plus digne de faveur; et si l'article 1251 parle seulement de l'acquéreur d'un immeuble *qui emploie le prix de son acquisition* au paiement des créanciers auxquels cet immeuble était hypothéqué, c'est parce que c'est le cas le plus ordinaire; mais la disposition n'est point conçue dans un sens restrictif.

158. Autre chose serait le cas où l'acquéreur aurait payé son prix avant la vente : quand bien même il serait ensuite déclaré dans le contrat d'acquisition que le vendeur a reçu ce prix d'avance, et qu'il l'a employé à payer tel ou tel des créanciers hypothécaires dont il a remis les titres à l'acquéreur, celui-ci ne serait pas pour cela subrogé dans les droits

de ce créancier, lors même que la subrogation aurait été stipulée, dans son intérêt, entre le vendeur et l'acquéreur par le contrat de vente (1); car ce ne serait point le cas d'un *acquéreur* qui paie les créanciers hypothécaires pour *conserver la possession de la chose*, puisqu'il aurait payé avant de la posséder.

159. Le but de la loi, disons-nous, en établissant cette subrogation, est de donner à l'acquéreur un moyen indirect de conserver la possession de l'immeuble, non pas toutefois en ce sens qu'il puisse se défendre, par voie d'exception, envers les créanciers hypothécaires qui ne viendraient pas évidemment en ordre utile sur le prix de l'immeuble dont ils voudraient poursuivre la vente en vertu de leur droit d'hypothèque; car, suivant les articles 2167, 2168 et 2169 combinés, il est tenu, s'il ne remplit pas les formalités prescrites pour la purge des hypothèques, ou de payer tous les capitaux et intérêts exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble, sans aucune réserve : mais c'est un moyen indirect d'en conserver la possession, en ce sens que la subrogation le faisant entrer dans le lieu et rang des créanciers hypothécaires par lui payés, si d'autres créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque croient devoir poursuivre la vente de l'immeuble, parce qu'il ne l'aurait

---

(1) *Voyez* Renusson, chap. V, n° 19.

pas entièrement affranchi, et n'aurait pas rempli les formalités de la purge, il sera colloqué au rang que devaient occuper, dans l'ordre, les créanciers qu'il a payés; ce qui, comme on le sent bien, détournera probablement les créanciers postérieurs, du dessein de poursuivre la vente de l'immeuble, puisque le prix en étant absorbé par l'acquéreur subrogé et par les créanciers antérieurs non payés, ils seraient sans intérêt réel à le faire.

Mais comme, par malice, ou pour tirer quelque chose de l'acquéreur qui craindrait d'être troublé par eux, ou bien parce que ces créanciers espéreraient que le prix de l'immeuble s'élèverait à un taux assez fort pour qu'il y eût encore quelques deniers qui leur seraient attribués après le paiement des créanciers antérieurs, il pourrait arriver qu'ils poursuivissent néanmoins la vente, ainsi qu'ils en auraient le droit, l'on a introduit, en faveur de l'acquéreur, la purge des hypothèques; ce qui diminue de beaucoup assurément l'utilité de cette subrogation. En effet, les détenteurs d'immeubles dont la valeur est absorbée par le montant des créances hypothécaires, en employant ce moyen, s'assurent généralement davantage encore la conservation des biens par eux acquis.

160. L'article 874 porte que le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel.

Il n'est, en effet, point tenu des dettes du défunt. (Art. 871.)

Mais on peut demander s'il n'est subrogé seulement que contre ceux qui étaient personnellement tenus de la dette hypothécaire qu'il a acquittée de ses deniers pour n'être point obligé de faire le délaissement ou de subir l'expropriation; ou s'il a aussi la subrogation contre des créanciers ayant hypothèque sur le même immeuble, et postérieurs à celui ou à ceux qu'il a payés, et qui croiraient devoir faire vendre sur lui l'immeuble faute de paiement?

S'il l'a pareillement par rapport à l'hypothèque du créancier sur les autres biens affectés à la même dette, et qui se trouvent encore dans la main des héritiers, ou même qui ont été aliénés?

L'on sent en effet que c'est relativement aux hypothèques, que la subrogation lui est principalement utile; car, pour l'action personnelle du créancier payé contre les héritiers, cette subrogation est de bien peu d'importance, puisque l'action *negotiorum gestorum* qu'il a contre eux pour avoir fait leur affaire en payant leur dette, lui suffirait, et produirait généralement les mêmes résultats que la première.

La question est surtout importante dans le cas où les héritiers ou successeurs à titre universel se trouveraient insolvables au moment où le légataire, après avoir payé la dette hypothécaire, voudrait exercer son recours; elle a alors le même intérêt

qu'à l'égard de l'acheteur, lorsque le vendeur est insolvable, et qu'il y a, comme dans le cas dont il s'agit, d'autres immeubles hypothéqués à la même dette, soit dans la main du vendeur, soit dans celle des tiers, ou bien qu'il y a des créanciers ayant hypothèque sur le même immeuble, mais postérieurs à ceux payés par l'acheteur.

Elle est la même à l'égard du donataire d'immeubles dans le même cas.

Il faut bien remarquer, au surplus, qu'il ne s'agit pas de faire profiter du legs, le légataire, au préjudice des créanciers du défunt; car les legs n'ont effet qu'autant qu'il y a d'abord de quoi payer toutes les dettes.

Les motifs qui militent en faveur d'un légataire ou d'un donataire d'immeubles qui paie de ses deniers les dettes hypothécaires dont les biens sont grevés, sont évidemment les mêmes que ceux qui militent en faveur d'un acheteur qui emploie son prix ou de ses deniers en sus de son prix, pour payer les créanciers ayant hypothèque sur les biens achetés; c'est également pour conserver la possession de sa chose qu'il fait le paiement; c'est dans son intérêt qu'il agit, du moins principalement : ce qu'il a en vue, c'est de libérer l'immeuble dont il est détenteur; et c'est pour cela, à n'en pas douter, que le Code accorde la subrogation à ce légataire contre les héritiers ou successeurs universels tenus personnellement de la dette. Toutefois, cette analogie de motifs ne suffirait pas pour décider qu'il y a subrogation

légale, si le légataire ne pouvait invoquer que cela en sa faveur; car, ainsi que nous l'avons fait remarquer, les analogies ne sont point admises en cette matière. Mais ne peut-on pas dire que s'il n'est pas textuellement subrogé à l'hypothèque du créancier par l'art. 874, ni par le n° 2 de l'art. 1251, en ce qui concerne d'autres personnes que les héritiers et successeurs universels, il l'est du moins par le n° 3 de ce dernier article combiné avec le n° 1 de l'art. 1250, ce qui s'applique aussi au donataire. Ne peut-on pas soutenir, en effet, que l'un et l'autre ont été considérés comme tenus pour d'autres, ou avec d'autres, au paiement de la dette, comme ayant intérêt à l'acquitter, afin de n'être pas dépossédés de l'immeuble légué ou donné? Nous le croyons effectivement.

Il est bien vrai que l'on peut objecter que si les rédacteurs du Code avaient envisagé un détenteur d'immeubles grevés d'hypothèques comme *tenu pour d'autres, ou avec d'autres*, *au paiement de la dette*, par cela seul qu'il a intérêt à ce qu'elle soit acquittée, il était superflu de porter une disposition spéciale pour attribuer la subrogation à l'acquéreur, ainsi qu'on l'a fait par le n° 2 de l'art. 1251, puisqu'il se serait trouvé compris dans celle du n° 3. Mais quoique cette objection ne soit pas sans quelque force, néanmoins elle ne nous paraît point décisive pour qu'on doive dire que cette dernière disposition n'est pas applicable à un légataire et à un donataire d'immeubles grevés d'hypothèques, qui ont payé des dettes hypothécaires, ou que

si elle leur est applicable, ce n'est qu'en tant seulement qu'elle les subroge vis-à-vis des débiteurs, et non à l'égard des tiers qui auraient intérêt à l'extinction de l'hypothèque du créancier payé. D'abord, ce serait scinder les effets de la subrogation, et très probablement contre la pensée du législateur. En second lieu, la disposition du n° 2 de l'art. 1251, qui paraît surabondante dans le système de l'objection, peut s'expliquer naturellement : le cas d'un acheteur étant prévu par les lois romaines, et discuté par tous les auteurs qui ont traité de la matière, les rédacteurs du Code ont cru devoir l'insérer textuellement dans la loi; et ensuite, voulant trancher les difficultés qui s'étaient élevées dans l'ancien droit à l'égard de ceux qui ont payé une dette qu'ils avaient intérêt à voir acquittée, ils ont établi, comme règle générale, la subrogation de droit au profit *de celui qui, étant tenu avec d'autres, ou pour d'autres, au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter.*

La disposition eût sans doute été plus claire si, sans parler d'abord de celui qui, *étant tenu pour d'autres, ou avec d'autres, au paiement de la dette,* elle se fût bornée simplement à attribuer la subrogation *à ceux qui avaient intérêt à l'acquittement de la dette* qu'ils ont payée. Elle eût évidemment, de la sorte, compris aussi tout détenteur quelconque d'immeubles grevés d'hypothèques, qui aurait payé les dettes hypothécaires, tandis que si, pour qu'il y ait subrogation de droit d'après

cette disposition, la condition indispensable était *d'être tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette*, de manière que l'on dût entendre ces mots, *avait intérêt de l'acquitter*, comme exprimant simplement la conséquence de ce qu'on était tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement; ce n'est pas sans quelque raison que l'on prétendrait que cette condition manque à l'égard d'un légataire et d'un donataire à titre particulier, puisqu'ils ne sont point *tenus* des dettes hypothécaires dont les biens donnés ou légués sont grevés; sauf les effets de l'hypothèque *sur l'immeuble*, comme le dit l'article 871. Car, en principe, être *tenu au paiement d'une dette*, c'est en être tenu personnellement, soit comme obligé principal, seul ou avec d'autres, soit comme caution ou garant; et un simple détenteur de biens hypothéqués est seulement passible des effets de l'action hypothécaire, effets entièrement indépendans et bien différens de ceux de l'obligation personnelle. C'était ainsi que raisonnait Renusson, qui n'accordait point, comme on va le voir, la subrogation à l'acquéreur, relativement à l'hypothèque du créancier sur d'autres biens que les biens acquis, parce que, disait-il, l'acquéreur est un étranger quant à ces mêmes biens; il n'est point personnellement obligé à la dette; il n'en est pas tenu; c'est la chose qui doit, si l'on peut s'exprimer ainsi, et non lui. Néanmoins nous pensons que, si l'on a considéré le légataire comme *étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au paie-*

ment de la dette, *et ayant intérêt de l'acquitter*, à l'effet de le subroger de droit, par l'art. 874, à l'action du créancier contre les héritiers ou successeurs à titre universel, ce n'a pas été d'une manière simplement relative à ces derniers; nous croyons qu'on l'a considéré aussi comme tel, à l'effet d'être pareillement subrogé à l'hypothèque du créancier qu'il a payé, vis-à-vis d'autres créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque sur le même immeuble, et qui en poursuivraient la vente, et à celle aussi qui s'étendrait sur d'autres biens affectés à la même dette. Mais sur ce point, ce que nous déciderons tout à l'heure à l'égard d'un acheteur, dans le même cas, s'appliquera en général aussi à un légataire ou à un donataire.

La subrogation, sans doute, est de droit étroit, mais puisque la troisième disposition de l'art. 1251, ne s'explique pas sur les personnes à qui elle l'accorde, qu'elle est conçue en termes généraux, il est bien permis, sinon de l'étendre, au moins de l'expliquer suivant l'intention probable du législateur; or, nous le répétons, il est invraisemblable qu'on ait voulu accorder seulement la subrogation au légataire contre les héritiers, et la lui refuser contre les créanciers, tandis qu'il avait beaucoup plus d'intérêt à pouvoir en invoquer les effets contre ceux-ci que contre ceux-là; car il avait contre les héritiers l'action *negotiorum gestorum*, pour avoir payé leur dette, et qui devait généralement produire pour lui des résultats aussi avan-

tageux que ceux de l'action qu'il exercerait contre eux en vertu de la subrogation; et s'il a été fait mention, dans l'art. 874, seulement des héritiers et successeurs à titre universel, c'est parce qu'il ne s'agissait là que de régler les rapports du légataire avec ces héritiers ou successeurs.

161. Cela nous amène à traiter la question relativement à l'acheteur de partie des biens hypothéqués à la même dette, qu'il a payée pour n'être pas forcé de délaisser ou de subir l'expropriation, à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque (art. 2114). A-t-il la subrogation non-seulement contre les créanciers hypothécaires postérieurs à lui sur l'immeuble vendu, conformément au n° 2 de l'art. 1251, mais encore quant à l'hypothèque du créancier sur les autres biens affectés à la même dette, et par application du n° 3, soit que ces biens se trouvent aliénés au moment où il veut exercer son recours, soit qu'ils se trouvent encore dans la main du vendeur?

Dans les anciens principes, l'on tenait généralement que la subrogation n'avait effet que sur la chose même acquise par l'acheteur qui avait payé la dette hypothécaire. Dans son analyse du titre du Code *de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, Cujas dit, en expliquant la loi 3 à ce titre, d'où la disposition du n° 2 de notre art. 1251 a été tirée : In ea re, *emptor potior erit omnibus creditoribus inferioribus*.

Cette interprétation était devenue générale, c'était notamment celle de Renusson (1), qui n'admettait même pas que la subrogation conventionnelle pût avoir effet contre les détenteurs des autres biens hypothéqués à la dette, parce que, disait-il, la subrogation conventionnelle n'a pas plus d'effet que la subrogation légale. Mais ce raisonnement était sans force, puisqu'il ne résulte pas de là que la subrogation conventionnelle ne puisse avoir lieu que dans les cas où la subrogation de droit est elle-même admise. Aussi l'opinion de Renusson en ce point n'était pas suivie.

Loyseau admettait même la subrogation légale, parce qu'elle a lieu au profit de l'héritier qui a payé une dette hypothécaire de la succession. Renusson a combattu Loyseau, en se fondant sur ce que les héritiers sont tenus personnellement des dettes du défunt pour leur part héréditaire, au lieu qu'un acquéreur ou tiers détenteur n'est point tenu personnellement des dettes hypothécaires qui grèvent le fonds. On ne peut pas dire, suivant Renusson, que ce détenteur est tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette, quoiqu'il ait certainement intérêt à ce qu'elle soit acquittée. Mais on pouvait répondre à Renusson qu'un héritier détenteur d'un bien hypothéqué par le défunt,

(1) Chap. V de son Traité *de la subrogation*, n° 42 et suivans, où la question est discutée avec étendue. *Voyez* aussi Lacombe, v° *Subrogation*, n° 8; Argout, *Institutions au Droit français*, Liv. 4, chap. V, tom. II, pag. 425; et Pothier, *des Obligations*, n° 521.

n'est tenu personnellement de la dette que pour sa part héréditaire; qu'il est étranger aux parts des autres, que pour ces parts il n'est tenu ni pour d'autres ni avec d'autres, bien qu'il ait, en sa qualité de détenteur du fonds hypothéqué, intérêt à ce qu'elle soit acquittée. Quoiqu'il en soit, le seul intérêt pour une personne à ce que la dette soit acquittée ne suffisait pas, aux yeux de Renusson, pour qu'il y ait subrogation de plein droit au profit de cette personne.

Plusieurs interprètes du Code ont pareillement discuté la question.

M. Delvincourt regarde comme étant tenu *pour d'autres et avec d'autres au paiement de la dette*, le tiers détenteur; en conséquence, il décide qu'il est subrogé de plein droit à l'action hypothécaire du créancier, non-seulement vis-à-vis des autres créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble, et cela, en vertu du n° 2 de l'art. 1251, mais encore envers les autres détenteurs de biens hypothéqués à la même dette, en vertu du n° 3 du même article.

M. Toullier avait d'abord embrassé l'opinion généralement admise dans l'ancienne jurisprudence, en reconnaissant toutefois, contrairement au sentiment particulier de Renusson, que la subrogation consentie par le créancier devait produire ses effets, ce dont il ne fait même pas la matière d'une question; mais dans des notes placées sous les n°s 145 et 146 du tome VII de la dernière édition de son ouvrage, il déclare, par le motif donné par M. Del-

vincourt, rétracter l'opinion qu'il avait émise relativement à la subrogation légale. Il reconnaît aujourd'hui que l'acquéreur de partie des biens hypothéqués à une même dette, qu'il a payée avec le prix de son acquisition, ou au-delà de son prix, est subrogé de plein droit à l'hypothèque du créancier, non-seulement par rapport aux autres biens frappés de la même hypothèque qui se trouveraient encore dans la main du débiteur, mais aussi par rapport à ceux de ces biens qui se trouveraient dans la main d'un tiers.

Cet auteur paraît même accorder la subrogation pour tout ce qui serait dû au détenteur qui a payé la dette hypothécaire, sans faire attention que de cette manière la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur retomberait en totalité sur les autres détenteurs, s'ils ne jugeaient à propos de faire le délaissement; ce qui ne serait pas juste. Nous allons expliquer comment on devrait procéder en pareil cas.

Entraîné par l'autorité de l'ancienne jurisprudence et des auteurs, nous avions d'abord écrit, dans notre Traité *des Contrats et des Obligations*, que la subrogation légale n'existe, quant à l'hypothèque du créancier payé par l'acquéreur, que par rapport à la chose par lui acquise; par conséquent, vis-à-vis seulement des créanciers ayant hypothèque sur cette même chose, et inférieurs en ordre à ceux qu'il a payés. Nous nous fondions principalement sur ce que le motif qui a fait introduire la

subrogation dans ce cas, a été de donner à l'acquéreur le moyen, plus ou moins efficace, de conserver la possession de la chose par lui acquise : or, comme disait Renusson, cet acquéreur est étranger aux autres biens du débiteur, quoiqu'hypothéqués à la même dette.

Et quant à ce que le nº 3 de l'art. 1251 accorde la subrogation de droit à celui qui, étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter, il nous semblait que cette disposition n'était point applicable à un détenteur hypothécaire vis-à-vis d'autres détenteurs de biens soumis à la même hypothèque : premièrement parce que l'on peut dire que si les rédacteurs du Code avaient considéré un acquéreur comme étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette, par cela seul qu'il a intérêt à ce qu'elle soit acquittée, il n'était pas nécessaire de porter une disposition spéciale pour lui, puisqu'il se trouvait compris dans celle du nº 3 de l'article : or, il y en a une dans le nº 2. En second lieu, nous pensions avec Renusson et presque tous les auteurs qui ont traité de la matière, qu'on ne peut pas dire en principes purs, qu'on est tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement d'une dette qu'on n'a point soi-même contractée, ou dont on ne s'est point rendu garant ou caution ; c'est la chose hypothéquée qui est tenue, c'est la chose qui doit, si l'on peut s'exprimer ainsi, mais non le simple détenteur.

Nous admettions, du reste, que la subrogation

conventionnelle peut avoir lieu, contrairement à l'opinion de Renusson, et nous reconnaissions même que l'acquéreur qui, en payant la dette hypothécaire, avait affranchi aussi les immeubles qui se trouvaient dans la main d'autres détenteurs, avait contre ces derniers une action pour être indemnisé, à *l'instar* de l'action *negotiorum gestorum utilis* des Romains; et nous mesurions les effets de cette action dans la proportion de l'utilité que le paiement de la dette avait procurée à chacun des détenteurs, en prenant en considération les paiemens que les uns ou les autres pouvaient avoir faits de leur prix, et la valeur respective des biens. Mais cette action *negotiorum gestorum* n'était point, comme de raison, accompagnée de l'hypothèque du créancier, puisqu'il n'y avait pas, selon notre opinion d'alors, de subrogation légale; et le détenteur contre qui elle était exercée pouvait même requérir la discussion préalable du débiteur.

Après avoir médité de nouveau cette importante question, et l'avoir envisagée sous toutes ses faces, nous avons fini par penser que l'intention des rédacteurs du Code a été d'établir la subrogation légale, en faveur de l'acquéreur, à l'hypothèque du créancier, sur tous les biens affectés à la dette : d'abord, parce que le n° 2 de l'art. 1251 l'a consacrée d'une manière générale au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué, sans en restreindre,

comme dans l'ancien droit, les effets à cet immeuble. En second lieu, parce qu'il est extrêmement probable qu'ils ont considéré un détenteur d'immeubles hypothéqués comme *étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette*, par cela qu'il a intérêt à l'acquitter pour conserver sa possession, ce qui le place dans le cas du n° 3 du même article.

162. Mais serait-il juste qu'il pût forcer un autre détenteur à lui rembourser la totalité de ce qu'il a payé au créancier en sus de son prix, ou à délaisser, lors même que cet autre détenteur se trouverait avoir déja payé le sien au vendeur au moment où la subrogation serait exercée contre lui ? Non, assurément, autrement il y aurait une inégalité choquante entre personnes qui sont cependant dans la même position. Posons un exemple :

Titius est débiteur envers Sempronius d'une somme de 50,000 fr., sous l'hypothèque des maisons A et B.

Titius vend la maison A à Gaïus, moyennant 30,000 fr., payables à certaines époques, et la maison B à Claudius, moyennant 20,000 fr., que celui-ci paie comptant.

Sempronius, créancier, poursuit hypothécairement Gaïus, qui lui paie les 50,000 fr., montant de la dette hypothécaire, sans avoir la précaution de se faire subroger, soit parce qu'il croyait avoir la subrogation de droit, soit parce qu'il comptait sur

la solvabilité de Titius, son vendeur, mais attente qui a été trompée.

Gaïus, à son tour, poursuit Claudius en remboursement des 20,000 fr. qu'il a payés à Sempronius en sus de son prix, si mieux n'aime Claudius délaisser la maison B par lui acquise. Mais comme ce dernier avait payé son prix au vendeur, s'il était obligé de rembourser les 20,000 fr., il les perdrait ou serait exposé à les perdre, par suite de l'insolvabilité du vendeur, tandis que Gaïus serait parfaitement indemne. Or, c'est ce que nous ne saurions admettre. Il nous semble qu'il serait plus juste de répartir ces 20,000 fr. entre les deux détenteurs, en proportion de la valeur respective des objets de leurs acquisitions, sauf le recours contre le vendeur. Renusson aurait voulu aussi cette répartition, s'il eût admis la subrogation.

Si, en conservant l'espèce pour le surplus, l'on suppose, au contraire, que c'est Gaïus qui avait payé son vendeur, et non Claudius, celui-ci devrait d'abord compter à Gaïus les 20,000 fr. qui forment le prix de la maison B, car il les doit personnellement en vertu de son obligation comme acheteur; et quant aux 20,000 fr., surplus de la dette hypothécaire, et payés par Gaïus en sus de son prix, ils devraient aussi se répartir entre les deux détenteurs, en proportion de la valeur respective de leurs fonds, sauf à Claudius à délaisser, s'il le jugeait convenable, pour se dispenser de contribuer; mais cela ne le dispenserait nullement de payer les 20,000 fr.

formant son prix, puisqu'il les doit en vertu de son engagement personnel.

Si tous deux avaient déja payé leur prix intégralement au moment où la dette a été payée par Gaïus, ou même lorsque celui-ci exerce son recours contre Claudius, les 50,000 fr., montant de cette dette, devraient se répartir proportionnellement à la valeur respective des deux immeubles, sauf toujours pour Claudius la faculté de délaisser, et à tous deux leur recours contre le vendeur.

Enfin, si ni l'un ni l'autre n'avait payé son prix, Gaïus, qui a soldé la dette hypothécaire, confondrait avec le sien 30,000 fr. de la somme qu'il a comptée à Sempronius, et Claudius lui paierait les 20,000 fr. qu'il doit.

163. L'on peut de la sorte résoudre les espèces analogues qui peuvent se présenter, en modifiant la solution selon que les faits et les circonstances de la cause le demanderaient, et nous pensons qu'il en devrait être de même, en thèse générale, encore que le détenteur qui aurait payé la dette hypothécaire se fût fait subroger par le créancier; autrement l'avantage d'être affranchi de la perte et de la faire supporter en entier par un autre détenteur, serait pour ainsi dire le prix de la course, ou d'une préférence arbitraire de la part du créancier; ce qui ne doit pas être, en bonne justice. S'il y a des pertes à souffrir elles doivent être supportées par tous, puisque tous sont dans le même cas.

L'on ne peut guère contester que le détenteur auquel s'adresse un créancier hypothécaire ne soit bien fondé à lui demander la subrogation, en offrant de le payer; il y a même motif que dans les cas pour lesquels, dans le droit romain, on avait établi spécialement l'exception *cedendarum actionum;* or, celui des détenteurs qui est poursuivi par un autre détenteur qui a payé la dette, peut lui dire avec raison : Comme vous n'agissez contre moi qu'en vertu de la subrogation aux droits du créancier par vous payé, je dois pouvoir exiger de vous ce que j'aurais pu exiger de lui, c'est-à-dire que vous me subrogiez à votre tour. Mais alors on entrerait dans un circuit d'actions tout-à-fait contraire à la raison et aux principes du droit : pour l'éviter, la répartition dont nous venons de parler est un moyen tout à la fois facile et équitable.

164. Quant aux biens hypothéqués à la même dette qui se trouveraient encore dans la main du débiteur, l'exercice de la subrogation présente moins de difficulté qu'à l'égard de ceux qui ont été aliénés. L'acquéreur exercera l'hypothèque du créancier payé, sur ces mêmes biens, pour le montant de son action en recours.

Et dans l'exercice de la subrogation par le détenteur d'une partie des biens, contre un autre détenteur, on prendrait aussi, dans la répartition dont nous venons de parler, en considérant l'importance des biens qui se trouveraient encore dans la main du débiteur.

165. Enfin, les même décisions s'appliqueraient aussi à un légataire et à un donataire à titre particulier, vis-à-vis d'autres acquéreurs à titre gratuit comme eux, et même, généralement du moins, vis-à-vis des acquéreurs à titre onéreux; car, ce légataire ou donataire n'étant pas tenu personnellement des dettes dont le fonds légué ou donné était grevé, et qu'il a payées, il est, ainsi que nous l'avons dit plus haut, subrogé de droit aux actions et hypothèques du créancier qu'il a soldé de ses deniers; il y a donc lieu ausi, par conséquent, de répartir entre les différens détenteurs des biens hypothéqués à la même dette, le montant du recours, pour que l'un d'eux n'ait pas à supporter seul la perte qui résulterait de l'insolvabilité du débiteur.

166. Le troisième cas de subrogation légale d'après l'art. 1251, est celui où un paiement a été fait par une personne qui était tenue pour d'autres ou avec d'autres, et qui avait par cela même intérêt à ce que la dette fût acquittée; ce qui a lieu dans plusieurs espèces qu'il convient d'analyser, nonobstant ce que nous avons déja dit sur les détenteurs de biens hypothéqués qui ont payé les dettes hypothécaires.

167. Ainsi, 1° la subrogation légale a lieu au profit du débiteur solidaire qui paie au-delà de sa part dans la dette commune, sauf toutefois l'hypothèse où l'affaire pour laquelle la dette a été contractée le concernait seul, et où par cela même les autres débiteurs n'étaient, par rapport à lui, que ses cau-

tions (art. 1216); car, dans ce cas, il est clair que n'ayant aucun recours à exercer contre eux, il n'y a aucune subrogation à son profit.

Lorsque la dette solidaire a été contractée dans l'intérêt commun des débiteurs, celui qui l'a payée en totalité, ou au-delà de sa part, a la subrogation contre les autres, mais seulement contre chacun d'eux pour sa part et ce qu'il aurait à supporter de la perte résultant de l'insolvabilité de l'un ou plusieurs d'entre eux, conformément à l'art. 1214.

168. Au tome précédent (n°s 243 et 244), en traitant de la solidarité, nous avons dit que la subrogation conventionnelle n'a point en cela des effets plus étendus que ceux de la subrogation légale, et en conséquence que, dans le cas même où celui des débiteurs qui a payé la dette se serait fait subroger par le créancier, il ne pourrait toujours poursuivre chacun de ses codébiteurs que pour sa part et celle qu'il aurait à supporter dans les insolvabilités, s'il y en avait. Tel était aussi le sentiment de Pothier (1). Nous avons même ajouté que, quoique l'un des débiteurs eût fourni une hypothèque sur ses biens personnels, celui qui a payé la dette ne pourrait le poursuivre hypothécairement au-delà de cette quotité, nonobstant l'indivisibilité de l'hypothèque (art. 2114); que tel est l'esprit du Code, démontré par l'art. 875, qui statue sur un cas analogue, ainsi que nous l'avons prouvé.

---

(1) Traité *des Obligations*, n° 281.

Mais comme M. Toullier prétend, au contraire, dans une discussion fort étendue, à laquelle il s'est livré en traitant de la subrogation (1), que le codébiteur solidaire qui a payé la dette et qui s'est fait subroger par le créancier, peut poursuivre chacun de ses codébiteurs pour le tout, moins sa part virile et sa part dans les insolvabilités, s'il s'en trouve, et que cet auteur donne à l'appui de son sentiment des raisons qui ne sont pas sans quelque poids, nous croyons devoir discuter de nouveau ce point, pour réfuter ses raisonnemens.

A plus forte raison M. Toullier déciderait-il, dans le cas où l'un des codébiteurs aurait fourni une hypothèque sur ses biens, que le recours exercé par action hypothécaire peut avoir lieu pour le tout contre ce débiteur, moins toutefois la part de celui qui a payé la dette. Mais il ne s'explique pas sur ce cas.

Il rappelle la diversité de l'ancienne jurisprudence sur l'effet de la subrogation conventionnelle au profit du débiteur solidaire qui a acquitté l'obligation; il rapporte aussi la contrariété des opinions des auteurs sur ce point, et il s'attache à démontrer que le circuit d'actions que Pothier a signalé comme devant être le résultat de la solidarité du recours, et qu'on doit éviter comme contraire aux principes du droit, n'existerait réellement pas, que c'est une pure illusion qui a séduit Pothier.

---

(1) Tome VII, n° 163.

Partant de ce point, qu'il croit avoir démontré, M. Toullier dit qu'il n'y a pas de motif réel pour que le créancier, qui pouvait céder ses actions à un tiers avec l'effet de la solidarité contre chacun des débiteurs, soit par vente, soit en recevant de lui son paiement et en le subrogeant, ne puisse également les céder à l'un d'eux, en recevant de lui le paiement de la dette; sauf à ce débiteur à déduire de son action en recours contre celui auquel il s'adressera ensuite, sa portion virile dans l'obligation, et sa part dans les insolvabilités, s'il y en avait.

Il ajoute que si l'un des débiteurs avait d'abord payé sa part, et que le créancier l'eût déchargé de la solidarité, ce débiteur serait par cela même devenu étranger à l'affaire, et qu'alors le créancier pouvant lui céder ses actions comme à un tiers, pour le surplus de ce qui lui resterait dû, et avec les effets de la solidarité, il doit pouvoir également le faire en recevant de lui le paiement de la dette en totalité.

Il soutient que, par un tel paiement, celui qui le fait *acquiert* la créance et ne l'éteint point, si ce n'est pour sa part, et par conséquent qu'il en doit être à son égard comme à l'égard d'un tiers, parce que le créancier a pu lui vendre, lui transporter son action comme à un tiers, attendu que la chose était dans le commerce et que tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter et vendre; et que c'est réellement ce qu'il a fait en le subrogeant à ses droits contre les autres codébiteurs.

Il dit aussi que lorsque la confusion s'opère dans

la personne de l'un des débiteurs en devenant héritier unique du créancier, ou *vice versâ*, la dette n'est bien éteinte que pour la part de ce débiteur; que l'action solidaire pour le surplus subsiste toujours contre chacun des autres (art. 1209), sauf aussi la réduction pour la part du débiteur dans les insolvabilités, s'il y en avait; et qu'on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même dans le cas du paiement fait par l'un des débiteurs avec subrogation conventionnelle ou cession des actions du créancier contre les autres.

Enfin, il pense que cela simplifierait l'exercice du recours et diminuerait le nombre des procès; chose toutefois que nous ne croyons pas, et que la loi elle-même n'a pas supposée davantage, puisqu'elle n'a établi le recours que d'une manière divisée. Mais, quoi qu'il en soit du mérite de ce raisonnement de M. Toullier, nous pensons que cet auteur n'a pas, quant au point dont il s'agit, suffisamment approfondi la nature de l'obligation solidaire dans notre droit.

En effet, cette obligation forme une société entre ceux qui en sont tenus, lesquels se donnent par cela même réciproquement mandat de payer la dette, dans l'intérêt commun; et il ne doit pas dépendre de l'un d'eux d'en changer les résultats tels qu'ils sont réglés par la loi, en se faisant céder l'action du créancier, pas plus qu'il ne doit dépendre de celui-ci, en lui faisant cette cession, de changer les rapports qui devaient exister entre les débiteurs

et auxquels ils se sont attendus en contractant la dette. Ce qu'il reçoit de l'un d'eux, c'est *le paiement* de cette dette, et non *le prix* d'une vente de l'action; ce qui établit une différence essentielle d'avec le cas où il transporte, vend ou cède ses droits à un tiers. Le codébiteur qui paie la dette, la paie dans l'intérêt de tous ses codébiteurs comme dans le sien; ils se sont tous donné mandat réciproquement pour faire ce paiement; ils se sont tous associés pour cela. Au contraire, un tiers n'achète la créance que pour lui; et dans le cas où c'est un paiement qu'il fait avec subrogation, ce n'est point son affaire qu'il entend faire, c'est celle du débiteur. Ces différences dans l'origine des droits de l'un et de l'autre, doivent en amener dans les effets; ce qui détruit la parité de motifs qu'a cru voir M. Toullier.

Ce n'est pas tout, et sans nous attacher à démontrer que le circuit d'actions en recours qu'a signalé Pothier, et que M. Toullier nie, n'est cependant pas une pure illusion, nous dirons qu'il y a dans notre droit encore un autre motif pour que le recours ne s'exerce que divisément, nonobstant la subrogation conventionnelle. Ce motif, c'est la garantie que se doivent les codébiteurs à raison de l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux; et bien que M. Toullier lui-même dise que l'action en recours de celui qui a payé la dette ne doit s'exercer contre un autre codébiteur que déduction faite aussi de la part du premier dans les insolvabilités, s'il y en a, cela ne détruit pas la force de

ce motif, au contraire, cela en confirme la réalité; car alors la solidarité du recours n'a plus d'objet important, et la loi n'avait plus de raison suffisante ni de l'établir, ni même d'en autoriser la stipulation, d'après les effets qu'elle a fait produire aux obligations solidaires.

Il en doit être, en effet, de ce cas comme de celui prévu à l'art. 875, dont M. Toullier n'a pas pénétré le véritable sens, quand il a supposé que c'est dans l'hypothèse seulement où l'héritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au-delà de sa part dans la dette commune, agirait en recours *par action personnelle* contre ses cohéritiers, que cet article veut qu'il ne puisse demander à chacun que sa part dans la dette, *lors même qu'il se serait fait subroger par le créancier;* car, bien loin de là, c'est dans le cas même où cet héritier agirait par *action hypothécaire* contre des cohéritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette (1), puisqu'autrement il eût été bien inutile de porter une disposition pour interdire à l'héritier subrogé de demander, en vertu de la subrogation, à chacun de ses cohéritiers, plus que le subrogeant n'eût pu lui demander lui-même, un subrogé ne pouvant avoir que les droits du subrogeant. Or, le créancier n'eût pu demander à chacun des héritiers, par action personnelle, que sa part héréditaire seule-

---

(1) *Voyez* ce que nous avons dit aussi à cet égard, au tome VII, n° 446 et suivans.

ment dans la dette du défunt, conformément aux art. 873 et 1220; donc l'héritier subrogé ne pouvait pareillement recourir contre chacun de ses cohéritiers, par l'action personnelle du créancier, que pour leurs parts heréditaires; donc il eût été inutile de porter une disposition spéciale pour régler l'étendue de ce recours de l'héritier agissant par action personnelle; donc on a voulu aussi le régler de la même manière quoiqu'il l'exerçât par action hypothécaire, et qu'il se fût fait subroger.

Ainsi, l'on suppose bien réellement, dans l'art. 875, que l'héritier subrogé par le créancier a même l'action hypothécaire, et néanmoins il ne peut demander à chacun de ses cohéritiers que leur part dans la dette, et aussi, d'après l'art. 876, leur part dans les insolvabilités, s'il y en a. Mais précisément comme la perte, dans le cas de dettes solidaires, se répartit aussi entre le débiteur qui a payé la dette et les codébiteurs solvables (art. 1214), on doit dire pareillement que la convention de subrogation n'a pas à leur égard des effets plus étendus que n'en a la subrogation légale, encore que l'un des débiteurs eût fourni une hypothèque sur ses biens; seulement, dans ce cas, ce débiteur pourrait être poursuivi hypothécairement pour sa part et pour celle qu'il aurait à supporter dans les insolvabilités, s'il y en avait. Pour cela, l'hypothèque sera indivisible dans ses effets comme dans les cas ordinaires. Justinien n'avait pas d'ailleurs entendu détruire, mais seulement modifier les effets de l'in-

divisibilité de l'hypothèque qu'il a donnée aux légataires sur les biens de l'hérédité, en décidant (1) qu'ils ne pourraient néanmoins poursuivre hypothécairement chacun des héritiers, que pour la part dont il serait personnellement tenu dans le legs; car l'hypothèque restait indivisible dans la mesure de la dette de chacun. Or, l'article 2114, lui-même, ne dit pas que l'hypothèque est essentiellement indivisible, il dit seulement qu'elle est indivisible de *sa nature*, ce qui est bien différent.

Tel est, nous le croyons, le véritable esprit du Code ; il a voulu prévenir ces recours réciproques en garantie auxquels donneraient lieu les insolvabilités; et cela est bien moins incontestable encore lorsqu'il n'y a pas d'hypothèque.

Peu importe qu'il en soit autrement dans le cas de confusion, car le cas est différent; le législateur l'a bien senti, puisqu'il divise l'action en recours dans celui du paiement de la dette, et maintient la solidarité dans celui de la confusion, en réduisant seulement la dette pour la part du débiteur dans la personne duquel elle s'est opérée, et sa part aussi dans les insolvabilités, s'il y en avait (par argument des art. 1214 et 1215). Dans le cas de la confusion, la dette n'est pas payée, elle n'est même que fictivement éteinte; c'est l'action qui est

---

(1) Par la loi première au Code, *communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollendâ.* Voyez au tome IX, n° 384, ce que nous avons dit sur ce point.

éteinte, parce qu'on ne peut pas se poursuivre soi-même; d'où les docteurs disent : *confusio potiùs eximit personam ab obligatione, quàm extinguit obligationem;* et tout ce qu'on peut en inférer, c'est que le débiteur solidaire qui a succédé au créancier, *aut vice versâ*, est censé s'être payé sa part dans la dette; mais on ne peut pas également supposer qu'il s'est payé la dette entière, puisqu'il reste d'autres personnes obligées à cette dette, et qu'il peut poursuivre. Au lieu que dans le cas d'un paiement réel, le débiteur a non-seulement payé sa part, mais encore celles de ses codébiteurs; il a donc éteint la dette en totalité, en ce qui concerne le créancier, sauf son recours contre les codébiteurs, et avec les effets de la subrogation, parce que par la faveur de la loi, cette dette, dans ce cas, n'est éteinte que d'une manière relative pour les parts des autres débiteurs.

169. 2° La subrogation de plein droit a lieu aussi au profit de celui qui était tenu avec d'autres au paiement d'une dette indivisible, et qui, par cela même, ne pouvait faire son affaire, en la payant, sans faire aussi celle des autres débiteurs; et il est indifférent, à cet égard, que la dette ait été contractée par les débiteurs aux-mêmes, ou qu'ils en soient tenus en qualité d'héritiers.

Nous verrons plus tard si la circonstance qu'une dette divisible, due par plusieurs sans solidarité, serait avec hypothèque, établie sur des biens com-

muns, ou sur les biens de l'un des débiteurs, donne lieu à la subrogation légale au profit de celui qui l'a payée.

170. 3° La subrogation a pareillement lieu en faveur de la caution, ou du cofidéjusseur, qui a acquitté l'obligation ; et elle existe au profit du cofidéjusseur, non-seulement contre le débiteur ou les débiteurs principaux, mais aussi contre les cofidéjusseurs, car il était tenu avec eux au paiement de la dette, et avait par conséquent intérêt à ce qu'elle fût acquittée. Aussi, l'art. 2033, lui donne-t-il un recours contre chacun d'eux pour sa part, et par argument de l'art. 1214, s'il y en avait d'insolvables, les insolvabilités devraient se répartir entre lui et les autres cofidéjusseurs solvables; car il ne serait pas juste qu'il supportât seul la perte dans une affaire où tous étaient engagés, où tous avaient intérêt à l'acquittement de la dette.

Les cofidéjusseurs sont ceux qui sont obligés pour la même ou les mêmes personnes, et pour la même dette (article 2033, et LL. 43 et 51, § 2, ff. *de fidejuss. et mandat.*) (1)

S'il y avait plusieurs débiteurs, qui fussent tenus tous solidairement, et plusieurs cofidéjusseurs ayant répondu pour tous, celui des cofidéjusseurs

---

(1) Il faut aussi que ce soit par le même acte, pour qu'il y ait cofidéjussion proprement dite. Cela est important, à cause du bénéfice de division. *Voyez* à ce sujet le tome précédent, n° 186.

qui aurait payé la dette serait bien subrogé pour le tout contre chacun des codébiteurs, comme s'il eût répondu seul pour tous (art. 2030); mais, il n'aurait néanmoins contre chacun de ses cofidéjusseurs qu'un recours pour sa part (2033) et pour celle qu'il aurait à supporter dans les insolvabilités, s'il y en avait (argument de l'art. 1214), quand même il se serait fait subroger par le créancier; car ce que nous avons dit à cet égard sur le codébiteur solidaire qui a payé la dette, est applicable aussi au fidéjusseur vis-à-vis de ses cofidéjusseurs.

Si diverses personnes ont cautionné des débiteurs solidaires individuellement, et que l'une d'elles ait payé toute la dette, elle est bien subrogée pour le tout contre le débiteur qu'elle a cautionné, mais elle ne l'est contre les autres et contre leurs cautions que de la même manière que l'eût été ce débiteur, dont elle exerce les droits à cet égard, c'est-à-dire, contre chacun des débiteurs pour sa part, et sa portion dans les insolvabilités, s'il y en a, et contre la caution de chacun d'eux pour la même quotité.

Toutefois, si elle s'était fait subroger par le créancier, elle aurait directement l'action de celui-ci contre tous les codébiteurs et contre la caution de chacun d'eux, ainsi que l'aurait une personne entièrement étrangère à l'affaire, parce qu'en effet elle est un tiers par rapport aux débiteurs qu'elle n'a point cautionnés, et par rapport à leurs cau-

tions; et elle pourrait demander à chacun des codébiteurs, ainsi qu'à sa caution, la totalité de la dette, moins la part du débiteur pour lequel elle a répondu et ce que celui-ci aurait à supporter dans la perte résultant de l'insolvabilité de tel ou tel de ses codébiteurs.

La même chose a lieu dans le cas où une seule caution a répondu pour un des débiteurs seulement.

Dans ces cas, la subrogation conventionnelle a, pour la caution qui a payé la dette, des effets plus étendus que ceux de la subrogation légale, mais cela tient à la nature de l'affaire; c'est parce que la subrogation légale n'est exercée par cette caution, contre les débiteurs qu'elle n'a point cautionnés, que du chef seulement de celui pour lequel elle a répondu, et au second degré; or, ce débiteur n'eût en lui-même qu'une action divisée contre ses codébiteurs et leurs cautions. Au lieu que lorsque la caution qui a payé la dette s'est fait subroger par le créancier, elle a tous les droits de ce dernier; or, celui-ci pouvait poursuivre chacun des codébiteurs pour le tout, puisqu'ils sont solidaires, et, par suite, il pouvait poursuivre aussi pour le total la caution de chacun d'eux: seulement, cette caution, qui a payé la dette, est obligé de déduire la part du débiteur qu'elle a cautionné et ce que celui-ci aurait à supporter dans les pertes résultant de l'insolvabilité de tel ou tel des autres débiteurs principaux.

Si les débiteurs n'étaient point solidaires, la caution qui les aurait cautionnés tous et qui aurait payé toute la dette, n'aurait cependant contre chacun d'eux la subrogation que pour sa part, lors même qu'il y en aurait d'insolvables, attendu que le créancier lui-même ne pouvait rien demander au-delà à chacun d'eux, suivant ce qui a été démontré au tome précédent, en traitant de la division des dettes.

Mais n'aurait-elle pas, de son chef, l'action solidaire contre chacun d'eux pour tout ce qu'elle aurait payé? Ce qui porterait à le penser, c'est la disposition de l'art 2002 qui décide que « lorsque « le mandataire a été constitué par plusieurs per-« sonnes pour une affaire qui leur est commune, « chacune d'elles est tenu solidairement des effets « du mandat; » or, le cautionnement donné avec l'assentiment du débiteur est un véritable mandat, et c'est pour cela que la caution a contre le débiteur qu'elle a libéré, l'action *mandati contraria*. Néanmoins nous ne croyons pas qu'il en doive être ainsi, parce que l'affaire, dans ce cas, n'était point *commune*, chacun des débiteurs ne devant que sa part dans la dette et restant par conséquent étranger à celle d'un autre débiteur, tellement qu'il y avait en réalité autant de dettes que de principaux obligés; et chacun d'eux n'ayant fourni la caution que pour ce qu'il devait, quoique tous aient donné la même personne, cette caution ne peut demander à chacun, même de son chef, que la somme pour la-

quelle elle l'a libéré. Nous modifions donc en ce point ce que nous avions écrit au tome III, n° 810 de notre Traité *des contrats*, où nous disions : « Si une « personne avait cautionné plusieurs débiteurs non « solidaires, l'insolvabilité de l'un de ces débiteurs « ne retomberait pas, d'après les règles ordinaires, « directement sur les autres, attendu que dans les « obligations non solidaires, s'il y a plusieurs obli- « gés, chacun ne doit que sa part, et rien de plus ; « mais elle y retomberait indirectement, par l'effet « du cautionnement, parce que la caution qui de- « vait payer pour tous, et par cela même toute la « dette, devrait être indemnisée par tous et de « la totalité de ses déboursés. Le cautionnement for- « merait dans ce cas, entre les débiteurs, un lien, « une sorte de communauté passive, qui n'existerait « pas sans lui, la dette n'étant point solidaire ; mais « la caution n'aurait contre chacun d'eux qu'une « action divisée. »

Il y avait, dans cette opinion, tout à la fois une inconséquence et une erreur : *une inconséquence*, car si l'on devait, à cause du cautionnement, considérer l'affaire comme commune entre les débiteurs non solidaires, la caution aurait, d'après l'art. 2002, une action solidaire contre chacun d'eux, tandis que nous ne lui en accordions qu'une divisée ; *une erreur*, parce qu'en effet chacun des débiteurs n'a fourni la caution que pour répondre du paiement de sa part dans la dette, part qui était distincte de celle des autres débiteurs ; et il n'est

pas vraisemblable que ces débiteurs, qui ne se sont point soumis à la solidarité, aient entendu en subir néanmoins indirectement les conséquences les plus importantes, en s'engageant ainsi à supporter l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux.

Mais si, en s'obligeant pour tous, la caution avait stipulé la solidarité pour son recours, ou même une indemnité à raison de l'insolvabilité de quelqu'un d'entre eux, alors on suivrait la convention, autrement la perte résultant de cette insolvabilité serait supportée par elle.

Si la caution qui a payé la dette, n'eût cautionné qu'un ou plusieurs de ces débiteurs non solidaires, elle n'aurait la subrogation légale aux droits du créancier que contre celui ou ceux qu'elle aurait cautionnés, et pour la part de chacun d'eux seulement; mais si en payant la dette, elle s'était fait subroger par le créancier, alors elle aurait le droit de demander à chacun sa part dans la dette, tout comme le créancier lui-même.

171. Puisque la subrogation de plein droit a lieu au profit des cautions qui ont payé la dette, le créancier ne doit pas les priver des effets qui y sont attachés en ce qui touche les priviléges, hypothèques et autres avantages. Aussi, suivant l'article 2037, « la caution est déchargée lorsque la « subrogation aux droits, hypothèques et privi- « léges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce « créancier, s'opérer en faveur de la caution. »

Ainsi, la main-levée qu'il donnerait des hypothèques le rendrait non recevable à agir ensuite contre la caution, jusqu'à concurrence du moins de ce que cette caution pourrait manquer de recouvrer du débiteur par ce fait du créancier, ou des cofidéjusseurs, s'il y en avait.

Il n'y a pas à distinguer, comme on le faisait dans le droit romain (1), entre le cas où le cautionnement résulterait d'un mandat donné à quelqu'un de prêter de l'argent à une autre personne, et le cas d'un cautionnement ordinaire : dans tous, si le créancier se mettait par son fait hors d'état de pouvoir transmettre à la caution ses priviléges ou hypothèques, il en résulterait libération pour elle. Tandis que dans le droit romain, quand une personne (2) donnait à une autre, mandat de prêter de l'argent à quelqu'un, le mandataire était obligé, par la nature même du mandat, de conserver ses actions au mandant, pour que celui-ci pût ensuite plus facilement recouvrer la somme qu'il aurait à payer pour le débiteur ; et s'il ne l'avait pas fait, le mandant repoussait l'action du mandataire, par l'exception née du fait, ou même de la simple négligence du mandataire : telle est la décision formelle de Papinien, dans la loi 95, § 11, ff. *de solut.* Car le mandat produit des obligations de part et d'autre, et il est de principe que celui qui n'a pas exécuté

(1) *Voyez* Pothier, *des obligations*, nos 380, 446, et surtout 557.

(2) Qu'on nommait pour cela *mandator pecuniæ credendæ.*

les siennes, ne peut pas demander l'exécution de celles de l'autre partie. Au lieu que le cautionnement intervenu hors le cas de mandat ne produisait d'obligation que de la part de la caution seulement : en sorte que si, par motif d'équité, le créancier était tenu, lorsqu'il recevait d'elle son paiement, de lui céder ses actions contre le débiteur, et pouvait, en conséquence, être repoussé de sa demande par l'exeption *cedendarum actionum*, s'il ne voulait pas les céder, du moins il n'était obligé de les céder que telles qu'il les avait alors, et qu'autant qu'il les avait encore, quelle que fût d'ailleurs la cause qui les eût diminuées ou même éteintes, par exemple une remise faite au débiteur avec réserve des droits contre la caution. L. 21, § 5, *in fine* et L. 22, ff. *de pactis* combinées. *Nec usquàm legitur* dit Cujas, sur cette loi 21, *cogi creditorem fidejussori cedere actionibus sortis.*

Il fait toutefois observer que le fondement de cette distinction a été changé, du moins en grande partie, par la novelle de Justinien, introductive du bénéfice de discussion, *beneficium ordinis : Jure novo* dit-il, *id haud facilè procedere potest.* Mais il parlait spécialement de l'effet du pacte de remise au profit du débiteur, avec réserve des droits contre la caution, et non de la perte des actions, priviléges et hypothèques, résultant d'une autre cause. D'ailleurs, son observation ne pouvait avoir d'application au cas où la caution aurait renoncé au bénéfice de discussion.

Pothier (n° 557) enseigne que, lorsque le créancier se met, par son fait, hors d'état de pouvoir céder ses actions à la caution contre le débiteur ou les cofidéjusseurs (cession devenue superflue aujourd'hui), ce créancier peut être repoussé par elle, *per exceptionem cedendarum actionum*, dans la mesure du moins de ce qu'aurait pu procurer à cette caution, la cession des actions qu'il s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder ; et tel est le droit consacré par l'art. 2037.

Mais Pothier ajoute : « Lorsque le créancier a « laissé perdre quelque droit d'hypothèque sur les « biens de quelqu'un de ses débiteurs, soit en manquant de s'opposer aux décrets qui en ont été « faits, soit en manquant d'interrupter les tiers acquéreurs, qui, ayant acquis sans la charge de l'hypothèque, en ont acquis la libération par la possession de dix ou vingt ans, les fidéjusseurs ne « sont pas fondés à s'en plaindre ; et ils ne peuvent « opposer l'exception *cedendarum actionum* que « lorsque c'est, ou par un fait positif de la part du « créancier qu'il s'est mis hors d'état de céder ses « actions, en déchargeant le débiteur ou son bien, « ou lorsqu'en laissant donner congé de la demande « qu'il avait formée contre lui, il s'est rendu suspect « de collusion » En un mot, Pothier rend le créancier responsable de la faute *in committendo*, *sed non in omittendo*.

Il fonde sa distinction à ce sujet sur ce que, « le « créancier n'étant obligé à la cession de ses actions

« que par une pure raison d'équité, n'ayant con-
« tracté à cet égard envers les cofidéjusseurs au-
« cune obligation précise de les leur conserver, il
« suffit qu'il apporte à cet égard de la bonne foi,
« c'est-à-dire qu'il ne fasse rien contre cette obli-
« gation; et il ne doit pas être tenu à cet égard
« d'une pure négligence. En second lieu, les débi-
« teurs solidaires, et les fidéjusseurs ont pu, aussi bien
« que lui, veiller à la conservation du droit d'hypo-
« thèque qui s'est perdu; ils pouvaient le sommer
« d'interrupter à leurs risques les tiers acquéreurs,
« ou de s'opposer aux décrets. Ce n'est que dans ce
« cas où ils auraient mis le créancier en demeure
« qu'ils peuvent se plaindre qu'il a laissé perdre ses
« hypothèques; mais lorsqu'ils n'ont pas plus veillé
« que lui, ils ne sont pas recevables à lui opposer
« une négligence qui leur est commune avec lui. »

Il y aurait beaucoup de choses à répondre à ce dernier raisonnement de Pothier, et quant au premier, il a perdu presque toute sa force sous le Code, qui, en établissant la subrogation de plein droit au profit des cautions, exige que le créancier conserve les sûretés sur lesquelles elles ont compté et dû compter. Le cautionnement, sans doute, n'a pas cessé d'être un contrat unilatéral, mais aujourd'hui il est censé donné sous cette condition. La cession des actions du créancier n'est plus une faveur de sa part, fondée uniquement sur l'équité; les cautions n'en ont même plus besoin: elles la tirent de la loi, et le créancier doit leur conserver ce que

la loi leur accorde parce que, encore une fois, elles se sont obligées envers lui sous cette condition : d'où il suit que, lorsqu'il commet une négligence grave qui les prive de l'avantage des priviléges et hypothèques, en considération desquels elles se sont obligées, du moins on peut naturellement le supposer, elles sont bien fondées à s'en plaindre, et à repousser sa demande, jusqu'à concurrence du préjudice que cette faute peut leur causer.

Il est vrai que l'art. 2037 parle du *fait* du créancier, mais ce mot, nous le croyons, n'est pas pris ici dans le sens restrictif d'un fait actif, positif; il est pris dans le sens de l'art. 1383, qui veut que chacun soit responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence; et la manière la plus simple de régler cette responsabilité, c'est de déclarer le créancier non recevable en tout ou partie dans l'exercice de son action contre la caution. Et en effet, si, par exemple, le créancier qui a reçu une hypothèque du débiteur par l'acte même du cautionnement, ne prend point d'inscription, quand cependant la caution comptait évidemment sur l'hypothèque pour sûreté de son recours, dira-t-on qu'il n'est pas responsable de cette négligence, ou de cette faute, comme on voudra l'appeler? Car, qu'importe pour la caution, que le créancier renonce au bénéfice d'une inscription prise, ou qu'il s'abstienne de prendre celle qu'il aurait dû prendre? Le résultat

est le même pour elle. D'ailleurs l'omission du créancier peut provenir de sa mauvaise volonté, comme d'un oubli de sa part ou d'une simple négligence.

Tout ce qu'on peut dire, selon nous, de plus juste sur ce point, et en même temps de plus conforme aux principes du Code sur la responsabilité des fautes en général, et en particulier sur celles du créancier à l'égard de la caution, c'est que le créancier doit répondre, sinon de la faute très légère qu'un père de famille très diligent aurait même pu commettre, du moins de la faute dont on répond dans le contrat où l'obligation de l'un peut être considérée comme étant contractée sous la condition que l'autre fera telle ou telle chose ; ce qui ne veut pas dire, au surplus, que nous regardions le cautionnement comme un contrat intéressé de part et d'autre, un véritable contrat synallagmatique ; mais nous le regardons, dans les principes du Code, comme étant formé sous la condition que le créancier conservera et fera ce qu'il faut faire pour conserver les sûretés sur lesquelles la caution a dû compter en s'obligeant. Les circonstances du fait peuvent sans doute restreindre ou étendre les obligations du créancier à cet égard, mais, en principe, la base que nous leur assignons nous paraît être celle que les rédacteurs du Code ont eue en vue en établissant la subrogation de plein droit, et par là le moyen le plus avantageux pour la caution d'exercer son recours efficacement.

D'après cela, si nous ne regardions pas comme tout-à-fait mal fondée la caution à se plaindre de la perte, par la faute du créancier, d'une hypothèque qu'il aurait stipulée seulement depuis le cautionnement, parce que le bénéfice de cette hypothèque devait profiter aussi à la caution, du moins il nous semble que, pour qu'elle dût être écoutée, il faudrait que la faute reprochée au créancier fût plus grave qu'il ne serait nécessaire qu'elle le fût si l'hypothèque avait été consentie antérieurement au cautionnement ou en même temps; car la caution n'avait pas compté sur cette sûreté.

A plus forte raison ne serait-elle point écoutée, quelle que fût d'ailleurs l'époque où l'hypothèque aurait été constituée, si le créancier ne devait point venir en ordre utile; et s'il ne devait y venir que pour une partie de la créance seulement, ce ne serait, dans le cas même où il serait responsable, que pour cette partie que son action contre la caution devrait être repoussée, et non pour le surplus.

172. 4° Les endosseurs de lettres de change et de billets à ordre, et les donneurs d'aval, qui ont payé l'effet, sont subrogés de plein droit à l'action du porteur contre tous ceux qui leur devaient la garantie (1), pourvu qu'ils aient rempli les formalités prescrites par le Code de commerce.

173. 5° La subrogation aux droits du porteur

---

(1) *Voyez* ce qui a été dit à cet égard au tome précédent, n° 242.

a même lieu au profit de celui qui paie l'effet par pure intervention, à la charge toutefois de remplir les formalités prescrites au porteur lui-même (article 159 Cod. de comm.); et il faut que l'intervention et le paiement soient constatés dans l'acte de protêt ou à la suite de l'acte (art. 158 *ibid.*).

174. 6° On a vu précédemment que les acquéreurs, légataires ou donataires à titre particulier, d'immeubles hypothéqués, qui ont payé des dettes hypothécaires dont ces immeubles étaient grevés, sont légalement subrogés aux droits du créancier, comme pouvant être considérés comme tenus pour d'autres et avec d'autres au paiement de la dette, par cela même qu'ils avaient intérêt à ce qu'elle fût acquittée. Il faut donc se reporter à ce que nous avons dit à cet égard.

175. 7° Celui des héritiers ou autres successeurs universels qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au-delà de sa part dans la dette commune, est bien subrogé aux droits du créancier contre ses cohéritiers ou autres successeurs; mais il ne l'est toutefois, ainsi que nous l'avons dit plus haut, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement supporter dans la dette, même dans le cas où il se serait fait subroger aux droits du créancier; sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance

personnelle, comme tout autre créancier (article 875.) (1).

Mais comme les héritiers ne sont tenus personnellement des dettes du défunt qu'en proportion de leurs parts héréditaires, lorsque ces dettes sont divisibles (art. 1220) (2), il s'ensuit qu'on ne peut pas dire de l'héritier qui a payé l'une de ces dettes, qu'il était tenu pour d'autres ou avec d'autres, qu'il avait, d'après cela, intérêt à ce qu'elle fût acquittée en son entier, et qu'à ce titre, il a la subrogation. Cependant, indépendamment du cas où la dette était hypothécaire (ce qui ne lui ôtait pas son caractère de dette divisible, si par sa nature, elle était telle, art. 1221), la décision ci-dessus souffre quelque restriction.

En effet, les créanciers du défunt et les légataires ont, au moyen de la demande en séparation des patrimoines, un privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions prises par eux sur ces immeubles dans les six mois de l'ouverture de l'hérédité (art. 2111). Pendant ce délai aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentans du défunt, au préjudice de ces créanciers ou légataires.

Et suivant l'art. 2113, toutes les créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions prescrites pour

---

(1) Nous avons développé les effets de ces dispositions au tome VII, nº 444 et suivans.

(2) *Voyez* ibid., nº 444, et tome XI, nº 268 à 275.

conserver le privilége n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires ; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions.

Enfin, d'après l'art. 1017, les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs sont personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profitent dans la succession ; et ils en sont tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs. C'est là une véritable hypothèque légale, puisqu'elle est établie par la loi ; et elle se confond avec le privilége de l'art. 2111 (1).

D'après cela, l'on voit que lorsqu'il y a des immeubles dans l'hérédité, chaque héritier a intérêt à l'acquittement en entier des dettes du défunt, même purement chirographaires, et des legs de sommes ou autres choses mobilières, afin que les immeubles qui viendraient à échoir à son lot, ou qui lui sont échus, si le partage a déja eu lieu, soient affranchis du privilége ou de l'hypothèque attribués aux créanciers et aux légataires. En conséquence, s'il paie une dette ou un legs, il est légalement subrogé aux droits du créancier ou du légataire payé, mais dans les limites de l'art. 875. Il est vrai de dire, en effet, qu'il était tenu avec

---

(1) *Voyez* ce qui a été dit sur cette hypothèque, au tome IX, nº 379 et suivans

d'autres ou pour d'autres, dans le sens de l'article 1251-3°, en ce qui concernait les parts de ses cohéritiers dans la dette ou le legs, puisqu'il avait intérêt à ce qu'elles fussent acquittées.

Mais il n'y aurait pas de subrogation légale à son profit s'il n'y avait pas d'immeubles dans la succession, ou si le partage étant fait, il ne lui en était point échu; et c'est à ces cas qu'il faut restreindre ce que nous avons dit au tome VII, n° 444, savoir : que celui des héritiers qui a payé une dette divisible et chirographaire, n'a de recours contre chacun de ses cohéritiers que pour leur part héréditaire, sans pouvoir faire répartir entre ceux qui sont solvables et lui la portion des insolvables, lors même qu'il se serait fait subroger par le créancier, attendu qu'il n'aurait que les droits de celui-ci, et que ce dernier n'eût pu demander à chacun d'eux que sa part dans la dette, conformément aux art. 873 et 1220.

176. 8° Il n'y a pas non plus de subrogation légale dans le cas d'une dette non divisible contractée par plusieurs sans solidarité, et qui a été payée par l'un d'eux en totalité ou au-delà de sa part, à moins toutefois qu'il n'eût fourni une hypothèque sur ses propres biens ou sur des biens communs entre eux, pour sûreté de toute la dette; car, hors ce cas, il n'avait aucun intérêt à payer leurs parts, et on ne pouvait rien lui demander au-delà de la sienne, d'après le principe que les débiteurs d'une même dette, qui

se sont obligés sans se soumettre à la solidarité, n'en doivent chacun que leur portion virile, quoiqu'ils se soient obligés conjointement et par un même acte.

Mais dans le cas de l'hypothèque, il est clair qu'il avait intérêt à payer toute la dette, pour affranchir ses biens personnels ou les biens communs; au lieu que si c'était un autre que celui qui a payé la dette qui eût fourni l'hypothèque sur ses biens personnels, il n'y aurait pas subrogation légale. Elle n'existerait même pas non plus quoique ce fût celui qui a payé la dette qui eût fourni l'hypothèque, s'il ne l'avait consentie que pour sa part dans cette dette.

Et dans le cas de deux débiteurs non solidaires, cautionnés, l'un par une personne, l'autre par une autre caution, qui ont aussi hypothéqué chacune leurs biens personnels, si la dette est payée en totalité par l'une des cautions, cette caution sera bien subrogée envers le débiteur qu'elle a libéré, mais, à moins qu'elle n'eût stipulé la subrogation, elle ne le serait ni à l'égard de l'autre débiteur, ni à l'égard de l'autre caution, lors même que les deux cautionnemens auraient été donnés par le même acte : car, comme il y avait en réalité deux dettes, chaque caution n'était intéressée qu'à l'acquittement de celle qu'elle avait cautionnée. Autre chose serait si l'hypothèque consentie par elle s'étendait à toute la somme due : alors l'indivisibilité de l'hypothèque l'obligeant à payer toute la dette, ou à délaisser

l'immeuble, après avoir payé la part qu'elle avait garantie, elle aurait réellement intérêt à ce que celle de l'autre débiteur fût aussi payée, et par conséquent elle serait subrogée aussi contre ce dernier et contre sa caution.

On peut résoudre de la même manière les cas analogues; et, pour cela, il ne faut pas perdre de vue que lorsque celui qui a payé la dette ne pouvait faire son affaire, en payant, qu'en faisant aussi celle du débiteur, il a la subrogation légale, du moins généralement; parce qu'il est vrai de dire qu'il avait intérêt à ce que la dette fût acquittée, et qu'on peut, par cela même, dire aussi qu'il était tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de cette dette.

177. Enfin, le quatrième cas de subrogation légale est celui de l'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers les dettes de la succession.

Le mot *dettes* est pris ici *lato sensu;* il comprend aussi les *charges* de l'hérédité, comme les legs; il est pris dans le même sens que dans l'art. 801-1°, qui explique les effets du bénéfice d'inventaire.

Ainsi, l'héritier paie-t-il de ses deniers un créancier privilégié ou hypothécaire, il est subrogé au privilége ou à l'hypothèque de ce créancier, et il l'exercera vis-à-vis des autres créanciers de la succession comme l'aurait fait celui qu'il a payé. Mais s'il paie de ses deniers un créancier non privilégié ni hypothécaire, pour son remboursement il faut

distinguer s'il y a des créanciers opposans. Comme l'héritier bénéficiaire, d'après l'art. 808, ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge (ce qui veut dire qu'il se fait une distribution des deniers et du produit des biens, au marc le franc, entre tous les créanciers opposans, s'il n'y a pas de quoi payer toutes les dettes, et sauf encore les causes de légitime préférence (1), alors l'héritier vient à la distribution de la même manière qu'y serait venu le créancier par lui payé. Mais s'il n'y a pas de créanciers opposans, il peut, selon le même article, payer les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent, et par cela même, il peut se rembourser de ses avances sur les deniers de la succession, à mesure qu'il en touchera; car il eût pu payer avec ces deniers le créancier qu'il a payé avec les siens.

178. Que s'il a payé un légataire avec ses deniers, comme les légataires ne sont admis à faire valoir leurs droits qu'après les créanciers, suivant l'adage, *nemo liberalis*, *nisi liberatus*, l'héritier prend simplement la place de ce légataire : en conséquence, il n'en est pas moins obligé de payer les créanciers opposans, sur le produit des biens de la succession, et jusqu'à due concurrence, sans pouvoir en défalquer quelque chose à raison du legs par lui payé, sauf à lui son recours contre le léga-

---

(1) *Voyez* les articles 990 et 991 Code de procédure, et ce que nous avons dit au tome VII, n° 31 et suivans.

taire, et pendant le temps seulement durant lequel ce légataire eût pu être poursuivi par les créanciers non payés. C'est sa faute d'avoir payé ce legs. Mais si, à défaut des créanciers opposans, il s'était remboursé avec les deniers de la succession, les créanciers qui se présenteraient ensuite n'auraient contre lui action pour le faire restituer, que pendant le temps durant lequel ils l'auraient contre le légataire lui-même, en vertu de l'art. 809.

179. Remarquez que s'il y a plusieurs héritiers, comme le bénéfice d'inventaire ne fait point obstacle à la division de plein droit des dettes du défunt entre eux, conformément à l'art. 1220 (1), l'héritier bénéficiaire qui a payé au-delà de sa part dans la dette commune n'est légalement subrogé pour l'excédant, qu'autant qu'à raison de la nature de la dette il se trouvait obligé de payer aussi la part de ses cohéritiers pour pouvoir se libérer; ce qui lui donnait par conséquent intérêt à acquitter la dette comme lorsqu'il a payé une dette privilégiée ou hypothécaire, pour affranchir des objets de la succession, meubles ou immeubles, où bien une dette indivisible, ou même des créanciers chirographaires, ou des légataires, lorsque, dans ce cas, il y avait des immeubles dans l'hérédité, immeubles sur lesquels s'étendait le privilége ou l'hy-

(1) Ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, au tome VII, n° 51, et au tome XI, n° 272, où nous citons un arrêt de cassation du 22 juillet 1811 (Sirey, 12-1-305), qui a jugé en ce sens.

pothèque accordés à ces créanciers et légataires, par les art. 1017, 2111 et 2113, suivant ce qui a été expliqué plus haut.

180. Tels sont les cas dans lesquels le Code civil, par l'art. 1251, a établi la subrogation de plein droit au profit de celui qui a libéré une autre personne; et s'il est permis d'appliquer ses dispositions aux diverses espèces qui rentrent clairement et évidemment dans ces mêmes cas, du moins il n'est pas permis de les étendre à d'autres espèces. Les analogies, quoique fortement marquées, ne sont point admises en cette matière, parce que la subrogation est de droit étroit; elle n'a pas lieu sans convention, *nisi in casibus jure expressis*, disent les docteurs.

181. De là nous ne regarderions pas une compagnie d'assurance pour les incendies comme fondée à prétendre exercer, par voie de subrogation de droit, l'action du propriétaire assuré contre le locataire ou les locataires, à raison de l'incendie de la maison louée, en invoqant seulement les dispositions des art. 1733 et 1734. Vainement dirait-elle qu'entre le propriétaire, du moins, et le locataire, il y a présomption que l'incendie est arrivé par la faute de celui-ci, ou des personnes qui habitaient avec lui, et que garantissant le propriétaire de la perte de la chose; elle doit avoir ses droits relativement à cette chose, on lui répondrait 1°. que cette présomption n'a point effet à l'égard

des tiers (1), est qu'elle est un tiers; 2° que, lors même qu'elle serait ayant-cause du propriétaire à cet égard, elle ne serait pas pour cela subrogée à ses droits, puisqu'il ne lui a pas cédé son action contre le locataire, et qu'aucune loi n'a établi en sa faveur la subrogation; sauf à la compagnie à exercer son action en indemnité contre le locataire, en vertu du principe que tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (art. 1382); mais à la charge alors pour elle de prouver que cet incendie a réellement eu lieu par la faute du locataire.

182. Les créanciers ayant hypothèque ou privilége sur une maison assurée contre l'incendie ne sont pas non plus, selon nous, subrogés à l'action du propriétaire contre la compagnie d'assurance, aux fins de pouvoir l'exercer à l'exclusion des créanciers chirographaires de ce dernier.

Ils ont bien exclusivement droit aux prix en cas de vente de l'immeuble, ou à la valeur déclarée par un donataire ou légataire qui veut purger; mais

---

(1) Elle n'a pas lieu notamment, selon nous, lorsque c'est un voisin dont la maison a été aussi incendiée, qui réclame des dommages-intérêts; alors il est obligé de prouver le fait, la faute ou la négligence du propriétaire dans la maison duquel le feu a commencé. *Voyez* à ce sujet ce que nous avons dit au tome VII, n° 393, et les arrêts cités à l'appui. On en trouve un grand nombre sur cette question controversée, dans le Recueil de Sirey : ils sont indiqués au tome 28, part. 1, pag. 44.

c'est là le but de l'hypothèque ou du privilége; tandis qu'on ne peut pas dire que la somme payée par la compagnie d'assurance est le prix ou tient lieu de prix de l'immeuble, puisque la propriété de cet immeuble n'est point transférée. Cette somme ne provient point de la chose, ni ne la représente réellement; elle ne peut donner lieu à aucune surenchère, comme celle qu'offrirait, pour la valeur de l'immeuble, un détenteur qui voudrait purger; elle est seulement l'objet d'une convention pour un cas prévu, celui de la perte de la chose; et cette convention, le propriétaire l'a faite pour lui, par conséquent dans l'intérêt de tous ses créanciers. Nous ne contestons pas, du reste, qu'il ne fût raisonnable d'étendre la subrogation de droit, dans ce cas, aux créanciers hypothécaires; mais dans l'état de la législation, nous ne voyons pas comment ils pourraient y prétendre, puisque aucune disposition de la loi ne la consacre en leur faveur, et que la subrogation, comme étant de droit étroit, n'est pas susceptible d'extension par analogie.

Art. IV.

Des effets de la subrogation en général.

183. Il nous reste à expliquer les effets de la subrogation, soit conventionnelle, soit légale.

La subrogation établie par les articles 1250 et 1251 a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs principaux (art. 1252).

Elle emporte aussi, comme nous l'avons dit souvent, au profit du subrogé, les priviléges et hypothèques qui sont attachés à la créance (art. 1250-1°), sauf les légères limitations résultant des circonstances de la cause dans certains cas, et dont nous avons donné plus haut quelques exemples.

L'avantage du titre exécutoire, si le titre est effectivement tel, de la contrainte par corps contre le débiteur, s'il y a lieu à contrainte, de l'élection de domicile, en un mot, tous les droits qu'avait le créancier, passent de même au subrogé.

184. Toutefois, la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel (1252).

Il est censé n'avoir pas voulu que la subrogation tournât contre lui-même : *Nemo contrà se ipsum subrogasse videtur*, disait Dumoulin.

A plus forte raison en est-il ainsi lorsque la subrogation n'est que le résultat de la volonté du débiteur, ou même d'une disposition de la loi.

La préférence dont il s'agit n'est au surplus relative qu'à la dette, dont une partie seulement a eté payée. Quant aux autres créances que le même créancier viendrait à acquérir sur le même débiteur, ou qu'il avait même déja lors du paiement, il serait considéré comme tout autre créancier; et en conséquence il primerait le subrogé ou serait primé

par lui, ou viendrait en concours avec lui, selon la qualité de ces mêmes créances, la nature de leurs priviléges et la date de leurs hypothèques, comparées à celles de la créance dont il a reçu le paiement en partie.

Ainsi, par exemple, s'il avait reçu du subrogé 5,000 francs, sur une créance de 10,000 fr., avec hypothèque sur tel immeuble, à la date de 1825, il ne pourrait prétendre, s'il était devenu créancier en 1830, *putà* d'une somme de 6,000 fr., avec hypothèque sur le même immeuble, être payé aussi de cette créance sur le produit de cet immeuble, par préférence au subrogé; car celui-ci, s'il y avait des créanciers intermédiaires ayant aussi hypothèque sur le même immeuble, bien certainement les primerait; par cela même, il doit primer le créancier pour sa créance de 6,000 fr. La créance ne doit pas moins être colloquée suivant son rang; seulement le créancier payé en partie prélève, jusqu'à parfait paiement, ce qui lui reste dû, sur le montant de la collocation, et le subrogé prend le reste, s'il y en a.

185. Il s'élève plusieurs questions sur l'application de cette disposition de l'art. 1252, que le créancier payé seulement en partie peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

Ainsi l'on peut demander si, dans une simple distribution de deniers où il n'aurait à faire valoir ni privilége, ni hypothèque, ni cautionnement, il

peut prétendre à être payé par préférence au subrogé ?

2° Si, lors même qu'il aurait à faire valoir un privilége ou une hypothèque, il doit être préféré au subrogé, dans l'hypothèse où la subrogation est le résultat d'une cession ou transport d'une partie de la créance, et non d'un simple paiement avec subrogation ?

Et 3° si, dans le cas d'un simple paiement avec subrogation, la préférence pour le surplus de la créance est un privilége personnel au créancier et à ses héritiers, ou bien, au contraire, si elle appartiendrait également à un autre qui aurait depuis payé le surplus de la dette ?

186. Sur la première question, nous ne balançons pas à dire que la prétention du créancier serait mal fondée ; car l'on ne peut contester au subrogé d'avoir fait l'affaire du débiteur, en le libérant en partie. Il a donc, à ce titre, l'action *negotiorum gestorum* contre lui, action qui ne saurait lui ôter la subrogation à celle du créancier, puisqu'il peut d'ailleurs y renoncer, chacun pouvant renoncer à ce qui a été établi en sa faveur : il est comme tout autre créancier du même débiteur ; or, tout autre créancier pourrait venir en concours avec le créancier payé en partie, dans une distribution de deniers où ce dernier ne pourrait invoquer ni privilége ni hypothèque.

Supposez, en effet, que le paiement partiel ait eu

lieu avec le concours du débiteur qui a lui-même subrogé le tiers, conformément au n° 2 de l'article 1250, parce que ce tiers lui a prêté une somme pour faire le paiement; en quoi, on le demande, le concours blesserait-il les droits du créancier, puisque s'il n'y avait pas de subrogation, on ne pourrait le contester? Disons donc que la préférence n'a lieu en faveur du créancier, pour être payé du surplus de sa créance, que dans l'exercice des priviléges et hypothèques qu'il se trouverait avoir, et contre la caution, s'il y en a une.

Et sans la disposition générale et absolue de l'article 1252, ce ne serait pas sans quelque raison que l'on soutiendrait que cette préférence, même pour l'exercice des priviléges et hypothèques, ne doit point avoir lieu contre un subrogé qui ne l'a été que par la volonté du débiteur : comme lorsque la dette était payable en plusieurs termes, et que celui-ci a emprunté une somme pour faire l'un des paiemens, et a subrogé le prêteur; car l'on ne peut dire, dans ce cas, que le créancier n'est pas censé avoir consenti une subrogation qui pût lui nuire dans l'exercice de ses priviléges et hypothèques pour le surplus de sa créance, puisque cette subrogation a eu lieu ou a pu avoir lieu malgré lui. D'ailleurs, le créancier déja payé en partie ne peut éprouver qu'un avantage du prêt, même lorsque le subrogé concourrait avec lui. Cela est facile à démontrer. Supposons une créance de 12,000 francs avec hypothèque sur un immeuble valant seule-

ment 10,000 francs; le tiers a prêté 8,000 francs au débiteur, que celui-ci a payés au créancier, et en conférant la subrogation au prêteur par l'emploi des formes prescrites : au moyen du prêt et du paiement qui en a été la suite, et en supposant le concours du prêteur avec le créancier, dans l'exercice de l'hypothèque, ce dernier touche sur le prix de l'immeuble le tiers ou 3,333 fr. 33 c., et il ne reste à découvert en définitive que pour 666 fr. 66 c.; au contraire, sans le prêt, il restait à découvert pour 2,000 fr. Mais la disposition générale, et peut-être irréfléchie, de l'article 1252, prive évidemment un simple subrogé, quelle que soit la cause de la subrogation, du droit de concourir avec le créancier payé en partie, dans l'exercice des priviléges, hypothèques et cautionnemens attachés à la créance; sauf, bien entendu, le cas où, en stipulant la subrogation avec le créancier lui-même, il se serait réservé ce droit.

187. Quant à la seconde question, il ne nous paraît pas douteux non plus qu'elle ne doive aussi être décidée contre le créancier, à moins de convention contraire dans l'acte intervenu entre lui et le tiers; et qu'ainsi un cessionnaire proprement dit de partie des droits ou de la créance ne soit absolument mis par la cession ou transport sur la même ligne que le cédant. Celui qui cède la totalité de sa créance se dépouille de tous les droits qu'il avait : il en investit le cessionnaire; par la même raison,

celui qui vend, cède ou transporte la moitié de cette même créance, la vend, cède ou transporte avec tous les droits qui y étaient attachés; il fait *negotium*, et le cessionnaire aussi entend faire une affaire dans laquelle il puisse faire un bénéfice : au lieu que celui qui paie simplement la dette d'autrui, même avec subrogation, est censé vouloir uniquement faire l'affaire du débiteur, quand il n'est point d'ailleurs intéressé à l'acquittement de la dette; et, dans ce cas-là même, il entend encore principalement faire un paiement de cette dette, plutôt qu'un achat des droits du créancier. Celui-ci surtout entend plutôt recevoir son paiement, en partie du moins, qu'il n'entend faire un transport-cession de partie de sa créance : la loi a donc bien pu vouloir, quant à l'exercice de ses priviléges, hypothèques et cautionnemens, lui conserver la préférence sur le tiers dont il n'a reçu qu'un paiement partiel, sans avoir voulu pour cela conserver cette préférence à celui qui vend, cède ou transporte une partie de ses droits. Il ne tenait qu'à lui de se la réserver; il ne l'a pas fait, et le doute, s'il y en avait, devrait s'interprêter contre lui. (Art. 1602.)

Bien mieux, on devrait même le décider ainsi, encore que la cession fût faite à titre purement gratuit; autrement il arriverait que, contre la maxime *donner et retenir ne vaut*, le cédant aurait en réalité retenu la valeur de la chose donnée, dans le cas où les biens du débiteur ne pourraient suffire qu'à payer seulement la partie de la créance qu'il

n'a pas donnée, quand cependant il avait donné une partie de ses droits. La chose devrait surtout paraître peu douteuse dans le cas où un père donnerait en dot à sa fille la moitié, le tiers, etc., de la créance qu'il a sur un tiers, ou une somme fixe de cette même créance : le père ne serait pas reçu à vouloir être payé du surplus par préférence à la fille; et dans l'hypothèse où ce serait une somme *à prendre sur cette créance*, ce serait même généralement la fille qui devrait au contraire avoir la préference : mais cela dépendrait des termes du contrat dotal et de l'intention vraisemblable des parties.

188. Enfin, sur le point de savoir si la préférence est un privilége personnel au créancier, à ses héritiers et au cessionnaire par transport du surplus de la créance, on tient généralement, en effet, que c'en est un (1). Ainsi l'on dit que si le créancier de 10,000 fr., par exemple, avec hypothèque sur tel immeuble, reçoit d'abord de Paul, en le subrogeant, un paiement de 6,000 fr., et ensuite de Philippe, et en le subrogeant pareillement, le surplus de la créance, Paul et Philippe concourront, dans l'exercice de l'hypothèque, selon la proportion des sommes pour lesquelles ils sont respectivement créanciers.

On ne fait à cet égard aucune distinction à rai-

(1) *Voyez* Renusson, *Traité de la Subrogation*, chap. XV, XVI, et l'addition à ce dernier chapitre; le Répertoire de M. Merlin, v° *Subrogation de personnes*, sect. 2, § 8, n° 8; et M. Toullier, tome VII, n° 170.

son de l'origine des subrogations : qu'elles viennent toutes deux de la loi, ou du créancier, ou du débiteur, ou que l'une vienne de la loi et l'autre du débiteur ou du créancier, n'importe.

Dans le cas ou la seconde subrogation vient du créancier, il paraîtrait cependant que c'est comme s'il avait fait le transport du surplus de sa créance à celui qui lui en a fait le paiement, car il n'avait aucun motif de se réserver des droits quelconques relativement à cette créance ; or, s'il eût effectivement fait un transport proprement dit, n'eût-il pas transporté par cela même la préférence qu'il avait à exercer sur le premier subrogé? Sans contredit, puisqu'il lui aurait par là transporté tous ses droits, autrement il faudrait dire qu'il ne pouvait plus faire qu'une cession imparfaite de ces mêmes droits, ce qui serait absurde. Mais le cas d'un simple paiement fait par le second subrogé, du surplus de la créance, est bien différent d'un transport-cession proprement dit, quoique la subrogation opérée par la volonté du créancier soit elle-même une cession, et n'en diffère, en général, que comme l'effet diffère de la cause ; car, dans le cas du paiement, le créancier a plutôt encore voulu recevoir ce qui lui restait dû, qu'il n'a entendu transporter cette partie de sa créance. Il semblerait d'ailleurs répugner à la raison que le second subrogé, qui n'a fait aussi qu'un acte de paiement, un acte de même nature, et postérieur, eût cependant des droits plus étendus que le premier subrogé.

189. Il faut donc tenir, au contraire, sauf le cas de transport-cession du surplus de la créance au profit d'un subrogé postérieur, que tous les subrogés dans des portions de la même créance privilégiée ou hypothécaire, viennent par concurrence, en quelque temps que les divers paiemens partiels aient été faits, soit qu'ils l'aient été au créancier lui-même, ou à ses propres créanciers, antérieurs ou postérieurs.

Ainsi, supposons qu'un immeuble, grevé de diverses hypothèques, soit vendu conventionnellement ou en justice, avec ou sans délégation du prix aux créanciers, que l'acquéreur ait emprunté de diverses personnes pour payer son prix, et qu'il les ait toutes subrogées par l'accomplissement des formalités prescrites à cet effet; que les prêteurs aient fait des paiemens en différens temps, les uns au vendeur lui-même, d'autres à des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble; enfin que l'acquéreur n'ayant pas payé le prix en totalité, le vendeur ait fait vendre l'immeuble.

Il est clair, dans cette espèce, que le vendeur doit être payé de ce qui lui reste dû sur son prix, par préférence aux prêteurs subrogés dont il a reçu des paiemens partiels, conformément à l'art. 1252; il doit être préféré à ceux qui ont payé à ses propres créanciers comme à ceux qui ont payé à lui-même. Il ne saurait, en effet, y avoir de différence, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, c'est toujours lui qui a profité des paiemens; et

plus il en a été fait par les prêteurs, moins il lui est resté dû sur le prix de la vente. Ces prêteurs, non-seulement ne peuvent donc pas prétendre le primer pour les sommes qu'ils ont payées à lui ou à ses propres créanciers, avec ou sans délégation, mais ils ne peuvent même prétendre venir avec lui par concurrence.

Ils ne peuvent pas non plus prétendre établir un ordre entre eux, pour accorder la préférence à ceux qui ont payé les plus anciens créanciers hypothécaires, ou à ceux qui ont compté les premiers leurs deniers, soit à ces créanciers, soit au vendeur lui-même; il y a concours entre eux : car, en prêtant à l'acquéreur, ils ne l'ont fait que pour payer sa dette envers le vendeur, soit en payant aux créanciers de celui-ci, soit à lui-même; et ce qu'ils ont voulu et obtenu, c'est la subrogation aux droits de ce même vendeur, et non aux droits de ses créanciers. L'ancienneté des hypothèques de tel ou tel de ceux-ci est donc indifférente, en ce qui concerne ces prêteurs subrogés, puisque ce n'est point pour les mêmes hypothèques qu'ils ont stipulé la subrogation; et l'ancienneté des paiemens est pareillement indifférente, puisqu'en principe les simples subrogés à la même créance n'ont aucune préférence les uns sur les autres; en un mot, ils ont un titre absolument égal quant à la subrogation, dont la cause sont les paiemens qu'ils ont faits, soit au vendeur, soit à ses créanciers; d'où il résulte qu'il n'y a entre eux aucune préférence dans l'exer-

cice du privilége de ce vendeur, auquel ils sont subrogés, parce que ce n'est que la subrogation à sa créance sur l'acheteur qu'ils ont recherchée.

Mais ils auraient pu aussi stipuler la subrogation aux droits de ses créanciers qui ont été payés avec leurs deniers; la loi ne s'y opposait pas. Dans ce cas, il y aurait eu lieu à établir un ordre entre eux suivant l'antériorité des hypothèques de ces mêmes créanciers, mais toujours après le paiement du vendeur auquel il restait dû quelque chose sur le prix, puisque les paiemens faits à ses créanciers sont considérés comme s'ils lui avaient été faits à lui-même, et que le créancier qui n'a reçu qu'un paiement partiel est préféré au subrogé dans l'exercice de ses priviléges et hypothèques; or, le vendeur exerce un privilége sur la chose revendue faute de paiement du prix.

§ III.

De l'imputation des paiemens.

SOMMAIRE.

190. *Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lors qu'il paie, quelle est la dette qu'il entend acquitter.*

191. *Il peut, même malgré le créancier, si le terme n'est pas en faveur de celui-ci, diriger l'imputation sur une dette non échue.*

192. *L'imputation se fait d'abord sur les intérêts, si la dette en produit : diverses observations.*

193. *Lorsque le débiteur ne dicte pas l'imputation, le créancier peut la faire, et le débiteur ne peut plus la critiquer lorsqu'il a accepté la quittance, à moins qu'il n'y ait eu surprise de la part du créancier.*

190. Lorsque l'objet de la dette n'est pas un corps certain et déterminé, la propriété de la chose due n'est point transférée par le seul consentement (1) : l'art. 1138 n'est point applicable ; le débiteur, au moment du paiement, est encore propriétaire de la chose qu'il donne au créancier pour sa libération, et il peut, par conséquent, s'il est débiteur de plusieurs dettes envers la même personne, faire servir cette chose à l'acquittement de celle qu'il veut éteindre ; c'est la condition qu'il met à l'aliénation de sa chose. *Possumus certam legem dicere ei quod solvimus, utpotè debitor, dùm solvit, dominus est rei solvendæ*. L. 1, ff. *de solut.*

De là cette première règle du Code, sur l'impu-

(1) *Voyez* tome X, n° 432.

tation des paiemens : « Le débiteur de plusieurs « dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, quelle « est la dette qu'il entend acquitter. » (Art. 1253).

191. Il peut même, malgré le créancier, diriger l'imputation sur une dette dont le terme ne serait pas échu, de préférence à une dette échue, parce qu'il peut renoncer au bénéfice du terme, mais il faudrait toutefois pour cela que le terme ne fût pas aussi en faveur du créancier qui ne voudrait point consentir à cette imputation (art. 1258-4°), que la chose donnée en paiement s'appliquât à cette dette, et que le paiement en fût intégral; car le créancier n'est point forcé de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû, ni un paiement partiel. Et comme il ne peut non plus être forcé de recevoir le paiement d'une dette suspendue par une condition (art. 1258-5°), il est clair que le débiteur ne pourrait, malgré lui, diriger l'imputation sur une dette de cette nature.

192. Le débiteur d'une dette qui produit des intérêts ou des arrérages ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital, par préférence aux arrérages ou intérêts; et le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts. (Art. 1254.) (1).

Peu importe que dans cette phrase, *sur le capital*

---

(1) *Primò in usuras, id quod solvitur, deindè in sortem, accepto feretur;* L. 1, Cod. *de solut.*

et intérêts, le capital soit nommé avant les intérêts; ce n'est pas à l'ordre des mots, mais aux dispositions du droit commun, que l'on doit s'attacher pour connaître ce qu'ont voulu faire les parties : *Nec enim ordo scripturæ spectatur, sed potiùs ex jure sumitur id quod agi videtur.* L. 6 ff. *de solut.;* or, il est vraisemblable que le créancier n'a pas entendu diriger l'imputation sur le capital, ce qui diminuerait son revenu, tant que les intérêts échus ne lui sont pas payés.

Ici l'imputation ne se fait pas, comme dans le cas de plusieurs dettes, suivant le plus grand avantage du débiteur, puisqu'il vaudrait mieux pour lui que le capital fût diminué ; car ce serait par cela même une diminution des intérêts pour l'avenir : au contraire, elle se fait selon l'avantage du créancier, mais cela est juste : les intérêts ne sont que des accessoires d'une même dette; et si, dans le cas d'un prêt, le créancier donnait quittance du capital, sans faire de réserve des intérêts dans la quittance, il s'élèverait contre lui une présomption de droit qu'ils ont été payés (article 1908); et dans les cas où ils seraient dus seulement à raison du retard du débiteur, le paiement du capital faisant évanouir l'action, il n'y aurait plus par conséquent d'objet sur lequel le juge eût à prononcer pour y rattacher accessoirement les intérêts ; de sorte que le débiteur se trouverait totalement libéré, tandis qu'il ne l'est réellement pas entièrement.

Le créancier ne peut donc être forcé d'imputer

d'abord sur le capital; et si la quittance ne porte aucune imputation, ou s'il n'a pas été donné de quittance, la loi fait elle-même l'imputation comme elle commandait au débiteur de la souffrir, c'est-à-dire d'abord sur les intérêts, et pour le surplus, sur le capital.

Et il faut observer que si la somme payée excédait ce qui était dû pour les intérêts, le surplus s'imputerait aussi sur le principal, quand même l'imputation aurait été faite expressément sur les intérêts sans parler du capital. L. 102, § *fin;* ff. *de solut.*

Cela doit toutefois s'entendre d'un capital exigible, à telle ou telle époque; car si le débiteur d'une rente avait, par erreur, payé plus qu'il ne devait pour les arrérages alors échus, il aurait la répétition de l'excédant; et il ne pourrait demander, de son côté, l'imputation sur le principal de la rente, parce que, à proprement parler, le principal d'une rente constituée n'est pas dû; il n'est que *in facultate luitionis;* et le créancier n'est pas présumé avoir consenti le rachat de sa rente pour partie.

Pothier fait observer que la règle que l'imputation se fait d'abord sur les intérêts avant de se faire sur le principal, n'a pas lieu à l'égard des intérêts qui sont dus par un débiteur pour peine de sa demeure, du jour de la demande en justice; que ces intérêts sont adjugés comme des dommages-intérêts, et forment une dette distincte du principal; et ce que le débiteur paie, lorsqu'il n'y a point d'imputation de faite, s'impute sur le principal plutôt

que sur les intérêts. Telle est, dit le même auteur, notre jurisprudence, suivant arrêt du 8 juillet 1649, au premier tome du *Journal des Audiences*, et autre arrêt du 15 juillet 1706, aussi au *Journal des Audiences*.

Au surplus, dans tous les cas, si le créancier a donné une quittance qui porte l'imputation sur le *capital*, il ne peut revenir contre, et prétendre que l'imputation doit se faire d'abord sur les intérêts : *Si qui dabat* IN SORTEM *se dare dixisset, usuris non debere proficere ;* L. 102, § 1, ff. *de solut. ;* à moins toutefois qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du débiteur. (Art. 1255, par argument.)

193. Voilà pour le cas où le débiteur de diverses dettes de même genre dicte lui-même l'imputation, et que la dette produit ou non des intérêts. Voyons maintenant celui où il ne fait, en payant, aucune déclaration à cet égard : alors le créancier lui-même peut faire l'imputation sur la dette que bon lui semble, sauf au débiteur, si elle ne lui convient pas, à refuser la quittance, et à dicter lui-même l'imputation : *Quotiens verò non dicimus id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis cui potiùs debito acceptum ferat ; dictâ Lege,* 1, ff. *de solut.* Cette loi met il est vrai ensuite à l'imputation faite par le créancier, la condition qu'elle sera faite comme il eût voulu qu'on la fît pour lui-même, s'il eût été débiteur ; et la loi suivante veut que ce soit au moment du paiement seulement qu'il puisse la faire :

Dùm in re agendâ hoc fiat, ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine solutum quis eorum velit.

Mais il est clair, ainsi que l'a remarqué Bachovius (1), que l'obligation imposée au créancier par le premier de ces textes, de faire l'imputation (lorsque le débiteur lui-même ne la dicte pas) sur la dette qu'il aurait voulu acquitter, s'il eût été lui-même débiteur, doit s'entendre des cas où le débiteur n'a pas encore accepté une quittance qui la renferme; autrement le droit qu'on reconnaît au créancier de la faire serait nul et insignifiant, puisque la loi la ferait, à son défaut, de la même manière. C'est l'interprétation qu'ont suivie les rédacteurs du Code, dans l'art. 1255, qui porte que, « lorsque le débi« teur de diverses dettes a accepté une quittance « par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu « sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur « ne peut pas demander l'imputation sur une dette « différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou sur« prise de la part du créancier; » comme serait le cas où un débiteur qui ne saurait pas lire, ou une personne simple et rustique, entièrement étrangère aux affaires, accepterait une quittance dans laquelle le créancier aurait glissé une imputation sur telle dette que le débiteur avait pour lors moins d'intérêt d'acquitter que telle autre dette; en admettant d'ailleurs que la somme payée suffisait

(1) *Ad Treut.* tit. 2, *disp.* 29, *thes.* 3, *litt. C.*

pour éteindre entièrement cette dernière : car si elle était insuffisante, comme le créancier n'était point obligé de recevoir un paiement partiel ; on admettrait difficilement le débiteur à venir dire qu'il n'a accepté la quittance que de confiance, et seulement dans la persuasion où il était que l'imputation était dirigée sur cette dette, en conséquence qu'elle doit être changée.

Il en serait toutefois autrement s'il prouvait, par les moyens de droit, qu'il avait lui-même dicté l'imputation sur cette dette, et que le créancier y a consenti en lui déclarant, lorsqu'il lui a remis la quittance, qu'il l'avait affectivement dirigée sur elle : la convention ferait loi entre les parties ; et il suffirait même que le débiteur prouvât que le créancier, en lui remettant la quittance, lui a déclaré avoir fait l'imputation sur ladite dette, bien qu'il ne prouvât pas avoir dicté lui-même d'abord l'imputation, et qu'en effet il ne l'eût point dictée formellement ; il n'en serait pas moins vrai de dire qu'il n'a accepté la quittance que sur la foi de la déclaration du créancier, qui l'a trompé ; or, le créancier, en faisant cette déclaration, a consenti par cela même à l'imputation par lui déclarée, il y aurait donc lieu à changer celle qui a été faite.

Dans les cas où le débiteur aurait le droit de réclamer contre l'imputation faite dans la quittance qu'il a acceptée, il doit s'empresser de le faire aussitôt qu'il s'aperçoit du dol ou de la surprise ; sinon il pourrait être considéré comme ayant ap-

prouvé cette imputation. Ce n'est pas ici une action en nullité, ou une rescision de contrat, et l'art. 1304, qui fixe à dix années, depuis la découverte du dol ou de l'erreur, le délai pour agir en nullité ou rescision pour ces causes, ne serait point applicable. Mais comme, d'un autre côté, la loi ne fixe point de délai pendant lequel le débiteur doive élever sa réclamation après avoir découvert la surprise du créancier, ce serait un point laissé à la sagesse des tribunaux, qui jugeraient, d'après les circonstances de la cause, s'il a ou non tacitement ratifié l'imputation frauduleuse.

194. Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui étaient pareillement échues; sinon sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne l'étaient point (art. 1256).

Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne. Toutes choses égales, elle se fait proportionnellement (*ibid.*); c'est-à-dire au marc le franc pour chaque créance.

Pothier, tout en admettant le principe que l'imputation doit se faire de préférence sur la dette échue, pensait toutefois qu'il en devait être autrement lorsque le terme de la dette la plus onéreuse était sur le point d'expirer lors du paiement. « Par « exemple, dit-il, si la dette non échue, mais dont le « terme devait échoir dans peu de jours, emportait la

« contrainte par corps, je pense que l'imputation « devrait se faire sur cette dette plutôt que sur une « dette ordinaire qui se trouverait échue au mo- « ment dupaiement. »

On n'a pas consacré cette limitation dans le Code; la disposition est absolue. On est parti de la supposition générale des lois romaines, qu'un débiteur qui fait un paiement a probablement en vue d'éteindre celle de ses dettes pour laquelle il peut être poursuivi de suite : *Cùm ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, Julianus elegantissimè putat ex eâ causâ eum solvisse videri debere ex quâ tunc cùm solvebat, compelli poterit ad solutionem*, L. 103, ff. *de solut.* Et quoiqu'en cette matière on se détermine, en général, par l'avantage du débiteur, néanmoins on a dû penser aussi que le créancier a pu croire que c'était la dette échue que le débiteur voulait acquitter, et que c'est dans cette persuasion qu'il ne l'a point poursuivi pour la dette échue.

Mais *quid* si la somme payée était insuffisante pour solder entièrement cette dette? D'un côté, l'on peut dire que le créancier n'étant point obligé de recevoir un paiement partiel, cette considération affaiblit grandement la supposition qu'il a tacitement voulu que l'imputation se fît sur elle; mais d'un autre côté, l'on peut répondre que, lorsque toutes choses sont égales entre les diverses dettes, il est bien censé consentir à recevoir des paiemens partiels, puisque l'imputation se fait sur toutes les dettes proportionnellement. Cependant, si la somme

payée cadrait parfaitement avec celle de l'une des dettes non échues, on pourrait naturellement présumer que c'est cette dette que les parties ont entendu éteindre. Les autres circonstances de la cause serviraient aussi à la décision de la question.

195. Au surplus, de ce que la loi impute le paiement sur la dette alors échue, de préférence à la dette non échue quoique plus onéreuse, on n'est pas fondé à en conclure que, lorsque aucune des dettes n'est échue, cas que ne prévoit point le Code, l'imputation légale a lieu sur la dette la plus près d'échoir, quoiqu'une autre dette fût réellement plus onéreuse. C'est le caractère réellement le plus onéreux pour le débiteur qui doit alors dicter l'imputation; sauf toutefois à prendre en considération, pour apprécier celui de chaque dette, le temps qu'il y avait encore à courir jusqu'à son échéance. Il n'y a pas dans la loi de présomption à l'égard de la dette la plus près d'échoir à l'époque du paiement, comme il y en a une à l'égard d'une dette échue, quoiqu'une autre dette fût plus onéreuse; et le raisonnement au moyen duquel on voudrait inférer, de ce que la loi présume que le débiteur a entendu payer la dette échue de préférence à une dette non échue quoique plus onéreuse, qu'elle a dû présumer aussi que le débiteur a entendu payer la dette la plus près d'échoir de préférence aussi à une dette plus onéreuse, serait un raisonnement arbitraire, parce qu'il pourrait

être très mal fondé dans beaucoup de cas. Quoi qu'il en soit, il ne saurait être érigé en présomption de droit, et le principe général en cette matière étant que la loi opère l'imputation suivant le plus grand avantage du débiteur, il s'ensuit que c'est réellement sur la dette qu'il avait, lors du paiement, le plus d'intérêt d'acquitter, c'est-à-dire sur la dette en réalité la plus onéreuse pour lui à cette époque, que doit porter l'imputation.

196. Le Code, en ce qui concerne l'imputation des paiemens, ne prévoit pas non plus le cas où aucune quittance n'a été donnée au débiteur de plusieurs dettes envers la même personne, qui, en faisant un ou plusieurs paiemens à son créancier, n'en a point déterminé l'imputation avec lui, se bornant à lui remettre lui-même ou à lui faire remettre une somme, ou des sommes successivement, dont le créancier a fait simplement mention sur son registre domestique, ainsi qu'on le prévoit dans l'art. 1331.

La question est de savoir si le débiteur s'est tacitement réservé le droit de dicter dans la suite l'imputation comme il l'entendrait, si l'on doit regarder les choses comme entières tant qu'il n'a pas reçu de quittance ; ou bien, au contraire, s'il s'en est reposé sur le créancier, ou sur la loi, pour faire l'imputation dès le principe et d'une manière irrévocable.

Nous tenons pour cette dernière opinion ; nous pensons que, lorsque le débiteur, en faisant un

paiement, ne dicte point l'imputation, qu'il ne fait non plus aucune réserve à ce sujet, il est censé s'en reposer sur le créancier, ou sur la loi, du soin de la faire; mais sur le créancier, en tant qu'il la ferait pour le plus juste et le meilleur, ainsi qu'il aurait voulu qu'on la fît pour lui-même, s'il eût été débiteur. Telle est la disposition de la loi 1re, ff. *de solut.*, déja citée. En sorte que s'il ne l'avait pas faite *ex æquo et bono*, il y aurait lieu à recourir à l'imputation légale; et c'est une notable différence d'avec le cas où le créancier fait l'imputation du consentement du débiteur, *in re præsenti*, lors du paiement; car dans ce cas il peut la diriger même sur la dette la moins onéreuse, et le débiteur qui a reçu une quittance portant cette imputation ne peut plus la faire réformer, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

197. Mais dans le cas d'une imputation faite dès le principe *ex æquo et bono*, quoique par le créancier seul, cette imputation ne peut plus être changée ni par le débiteur ni par le créancier, ni même d'un commun consentement, s'il en devait résulter un préjudice pour des tiers, attendu que la dette a été éteinte, et, sauf les exceptions, très rares, admises par la loi, une dette éteinte ne saurait revivre, surtout lorsque les droits des tiers s'en trouveraient compromis. L'art. 1299 en est une des nombreuses preuves.

Que si le créancier lui-même n'a point fait non

plus d'imputation dès le principe, les parties sont l'une et l'autre censées s'en être reposées sur la loi à cet égard ; par conséquent il y a lieu d'appliquer ce que décide l'art. 1256 pour le cas où le débiteur a accepté une quittance qui ne porte point d'imputation, car la raison est absolument la même. Ce n'est pas la quittance qui fait le paiement, qui éteint la dette ; elle a seulement pour objet de constater le paiement, et par suite l'extinction de la dette : or, nous supposons un paiement pur et simple, sans réserve, de la part du débiteur, du droit de dicter ensuite l'imputation comme il l'entendrait.

198. On a vu que, d'après l'art. 1256, si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne, et que toutes choses égales, elle se fait proportionnellement. Dans ce dernier cas, le créancier est ainsi supposé avoir consenti à recevoir un paiement partiel sur chacune de ses créances : il pouvait exiger du débiteur qu'il fît une imputation sur l'une d'elles, ou bien la faire lui-même, à son refus, et il ne l'a pas fait. Mais dans le premier cas, l'imputation légale lui est favorable, en ce que les créances les moins anciennes, par conséquent celles qui, généralement, sont le plus éloignées du temps où la prescription pourrait s'accomplir, lui sont conservées ; mais le débiteur, qui ne peut guère d'ailleurs être supposé avoir eu en vue ce moyen assez odieux de libération, pouvait dicter l'imputation sur les dettes les plus nouvelles.

199. Voyons maintenant quelles sont, en général, les dettes que le débiteur avait, lors du paiement, le plus d'intérêt d'acquitter parmi celles qui étaient échues; nous connaîtrons par là celle qui a été éteinte par l'imputation légale.

1° Il est clair que l'on ne doit pas entendre par là les dettes purement naturelles, puisque le paiement n'en peut être exigé, ni celles sur la demande desquelles le débiteur pouvait opposer une exception de nullité ou de rescision, ou une fin de non-recevoir tirée de la prescription ou de tout autre cause. L. 103, ff. *de solut.*

2° Mais est plus onéreuse la dette avec clause pénale, surtout lorsque la peine est pour le simple retard; celle qui entraîne la contrainte par corps, ou qui produit des intérêts. Il en est de même de la dette avec cautionnement, parce qu'il vaut mieux se libérer envers deux personnes qu'envers une seulement. L. 4, ff. *de solut.* Est plus onéreuse aussi la dette avec hypothèque, antichrèse ou gage, ou qui n'est pas susceptible d'extinction par compensation, *putà* une dette d'alimens déclarés insaisissables, ou de terme de grâce, comme une lettre de change. Pas de difficulté sur ces points; ce qui peut en présenter, c'est lorsque chacune des dettes a un caractère onéreux; il faut alors comparer le caractère de l'une avec le caractère de l'autre.

Ainsi, 3° si l'une des dettes est avec cautionnement et l'autre avec hypothèque, la dette avec cautionnement est généralement la plus onéreuse, car

le débiteur, obligé non-seulement envers le créancier, mais encore envers la caution, a intérêt à ce que cette dette soit éteinte par préférence à d'autres, parce qu'on a généralement intérêt à être libéré envers deux personnes plutôt qu'envers une seule. LL. 4 et 5 *de solut.* Cependant, si l'hypothèque ou le gage avait été fourni par un tiers, ce serait une espèce de cautionnement fourni par sa chose, et si elle était vendue par suite du défaut de paiement, comme le débiteur pourrait être passible de plus forts dommages-intérêts qu'en matière de cautionnement proprement dit lorsque la caution a payé sans éprouver de saisie, la dette avec hypothèque ou gage pourrait être en réalité la plus onéreuse. Ce serait un point, au surplus, à juger d'après les circonstances de la cause, comme la plupart de ceux que nous traitons sur ce sujet.

4° Si l'une des dettes est avec hypothèque et l'autre avec antichrèse, la dernière, en général, doit être réputée la plus onéreuse, parce que, indépendamment de la faculté qu'a le créancier de faire vendre l'immeuble soumis à l'antichrèse comme s'il était affecté d'hypothèque, le débiteur est privé de sa jouissance.

5° Si l'une des dettes produit des intérêts et que l'autre soit avec hypothèque, gage, ou cautionnement, la première sera le plus souvent considérée comme la plus onéreuse, à moins que certaines circonstances ne dussent faire décider le contraire. On devrait même aussi, en général, le décider ainsi,

encore que l'autre dette fût avec clause pénale, sauf le cas où la peine serait due pour le simple retard, et le cas aussi où elle serait d'une valeur au-dessus de la valeur de l'objet de l'obligation.

6° La question de savoir si la dette avec clause pénale est plus onéreuse que celle avec cautionnement, dépend aussi beaucoup des circonstances; mais, en général, elle est plus onéreuse, et cela est surtout particulièrement vrai dans le cas où la peine a été stipulée pour le simple retard.

7° Si l'on est débiteur pour son compte, et caution pour un autre, l'imputation doit plutôt se faire sur la dette dont on est tenu pour soi-même que sur celle dont on est tenu pour autrui: *Quod verò simile videretur diligentem debitorem admonitu ita negotium suum gesturum fuisse*. L. 97, ff. *de solut.* Cette décision de la loi romaine a acquis une nouvelle force de l'introduction du bénéfice de discussion, par Justinien. D'ailleurs, la caution n'ayant point de recours contre le débiteur principal, dans le cas où elle aurait payé sans être poursuivie et sans l'avoir averti, lorsque celui-ci avait des moyens pour faire déclarer sa dette éteinte, elle ne doit pas être présumée avoir voulu payer cette dette, de préférence à la sienne propre.

8° Si l'on est débiteur pour soi seul, et débiteur solidairement avec d'autres, l'imputation doit, en général, avoir lieu sur la dette que l'on a contractée seul; car, bien que la dette solidaire soit due en totalité par chaque débiteur, néanmoins on

doit être présumé avoir voulu plutôt éteindre la dette dont on était exclusivement tenu, parce qu'on a pu penser que le créancier s'adresserait peut-être pour la dette solidaire à un autre des codébiteurs, auquel cas, cette dette se divisant entre tous, on n'aurait eu qu'à en payer sa part seulement.

§ IV.

Des offres de paiement, et de la consignation.

SOMMAIRE.

200. *Ce qu'on entend par offres réelles.*
201. *Texte de l'art. 1257.*
202. *Dans quel cas on fait ordinairement des offres.*
203. *Les offres doivent être faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui.*
204. *Elles doivent être faites par une personne capable de payer.*
205. *Et de la totalité de la somme exigible, avec les intérêts ou arrérages échus, et les frais liquidés.*
206. *Comment doit être entendu cette condition à l'égard d'une dette payable en plusieurs termes, ou à l'égard de plusieurs années d'arrérages qui se trouvent échus.*
207. *Il faut que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier.*
208. *Et que la condition soit accomplie, s'il en avait été mis une pour suspendre l'effet de l'obligation.*
209. *Mais la stipulation d'une condition résolutoire non encore accomplie ne fait point obstacle à la validité des offres.*
210. *Le créancier peut mettre à ses offres les conditions raisonnables et d'usage.*
211. *Lieu où doivent être faites les offres.*
212. *Ce que peut faire le débiteur d'un effet de commerce transmis par la voie de l'endossement, quand il ignore en quelles mains il se trouve.*

213. *Comment doit agir le débiteur dans les autres dettes si le créancier est absent.*

214. *Les offres doivent être faites par un officier ministériel.*

215. *Ce qui est dû pour droits d'enregistrement, selon que les offres sont ou non acceptées.*

216. *Il doit être laissé copie du procès-verbal d'offres au créancier si celui-ci n'accepte pas les offres.*

217. *Mentions que doit faire l'officier ministériel dans son procès-verbal lorsqu'il ne trouve pas le créancier au lieu où se font les offres.*

218. *Les offres doivent être suivies de la consignation pour opérer la libération, sauf le cas prévu à l'art.* 1264.

219. *Il n'est pas nécessaire aujourd'hui, pour que la consignation soit valable, qu'elle ait été autorisée par la justice; conditions et formalités exigées par l'art.* 1259 *pour la validité de la consignation.*

220. *Cas où la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve.*

221. *Cas où il s'agit d'une certaine quantité de denrées dues en général, où les offres doivent être faites dans ce cas, et qui doit supporter les frais de transport lorsque la chose ne devait pas être livrée au lieu où se font les offres.*

222. *Quand les offres sont suffisantes et régulières et qu'elles ont été suivies de la consignation, le débiteur est libéré comme par un paiement s'il ne les retire pas avant qu'elles aient été acceptées par le créancier, ou déclarées valables par un jugement passé en force de chose jugée.*

223. *Les intérêts ne cessent de courir que du jour de la consignation, même quand les offres auraient été réitérées à l'audience, ce qu'on appelle dans la pratique* réalisation.

224. *Qui doit supporter le coût du transport de l'huissier lorsque le créancier accepte les offres qui lui sont faites par celui-ci.*

225. *La libération du débiteur date du jour du dépôt, et non pas du jour des offres, ni seulement du jour de la signification de l'acte de dépôt.*

226. *Les frais des offres sont à la charge du créancier si elles sont valables, mais ceux de paiement n'en restent pas moins à la charge du débiteur.*

227. *Le débiteur n'est point obligé de faire juger ses offres dans un délai déterminé.*

228. *La consignation volontaire ou ordonnée par justice, est toujours faite à la charge des oppositions, s'il y en a, et en les dénonçant au créancier.*

229. *La consignation tient lieu de paiement, mais n'est point un paiement proprement dit; en conséquence, le débiteur peut la retirer tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier, et s'il la retire, les codébiteurs ou les cautions ne sont point libérés.*

230. *Et les priviléges et hypothèques qu'il avait fournis subsistent toujours.*

231. *Il peut la retirer même dans le cas où les espèces consignées auraient augmenté de valeur; Pothier était d'un avis contraire.*

232. *Les codébiteurs ou cautions n'auraient pas non plus, en cette seule qualité, le droit de s'opposer à ce qu'il la retirât; M. Pigeau était d'un avis opposé.*

233. *Effet du jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré la consignation valable.*

234. *Effet du consentement du créancier à ce que le débiteur retire sa consignation après qu'elle a été jugée valable, ou acceptée par lui.*

235. *Le débiteur ne peut plus, dans ce cas, la retirer sans le consentement du créancier.*

236. *Qu'entend-on par* jugement passé en force de chose jugée?

237. *Les autres créanciers du débiteur peuvent former opposition à ce qu'il retire sa consignation: effet de cette opposition.*

238. *Effet de l'acceptation de la consignation par le créancier depuis les oppositions.*

239. *Ses propres créanciers peuvent aussi former opposition à la consignation: effet de cette opposition.*

ART. Ier.

Ce qu'on entend par offres réelles.

200. On entend par *offres*, la présentation faite à quelqu'un de ce qui lui est dû, en observant les formalités tracées par la loi à cet effet.

Il faut donc que les offres soient réelles, en sorte que de simples offres par paroles ne sont pas des offres dans le sens de la loi, parce qu'elles peuvent n'être pas sincères, et, dans tous les cas, parce qu'elles ne donnent point au créancier le pouvoir d'appréhender la chose et d'en disposer.

Bien mieux, pour tenir lieu de paiement et opérer en conséquence la délibération du débiteur, il faut de plus que les offres soient suivies de la consignation, c'est-à-dire de la remise de la chose dans le lieu destiné à cet effet par la loi, sauf le cas prévu à l'article 1264.

201. Ainsi, porte l'article 1257, « Lorsque le « créancier refuse son paiement, le débiteur peut « lui faire des offres réelles, et, au refus du créan-« cier de les accepter, consigner la somme ou la « chose offerte.

« Les offres réelles suivies d'une consignation « libèrent le débiteur; elles tiennent lieu à son « égard de paiement lorsqu'elles sont valablement

« faites, et la chose ainsi consignée demeure aux « risques du créancier. »

Ce n'est point en effet un paiement proprement dit, puisque, comme on le verra plus loin, le débiteur peut retirer la chose tant que le créancier ne l'a point acceptée, et que s'il la retire, les cautions et les codébiteurs ne sont point libérés, et les priviléges et hypothèques ne sont pas éteints.

202. On fait ordinairement des offres pour arrêter le cours des intérêts d'une dette, pour prévenir, dans certains cas, l'effet d'une peine convenue ou prononcée par un jugement, pour pouvoir retirer une chose donnée en nantissement, ou libérer des biens affectés d'une hypothèque, ou une caution, ou enfin pour se mettre à couvert du danger de la diminution ou de la suppression des espèces et en transférer ainsi le péril au créancier, etc.

Nous verrons d'abord quelles sont les conditions et les formalités requises pour la validité des offres et de la consignation; ensuite nous parlerons de l'effet des offres.

Art. II.

Quelles sont les conditions et formalités requises pour la validité des offres et de la consignation.

203. L'art. 1258 trace les conditions et formalités pour la validité des offres elles-mêmes, et l'article suivant celles qui doivent être observées après les offres pour qu'elles opèrent la libération du débiteur.

Pour que les offres réelles soient valables, il faut :

1° Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui.

Quant à ce point, il faut se reporter à ce que nous avons dit plus haut sur le paiement en général, en observant toutefois que, bien que dans la plupart des cas où un tiers est indiqué dans la convention pour recevoir le paiement, on puisse le lui faire avec effet, et par conséquent les offres aussi, néanmoins il faut en faire juger la validité avec le créancier, à moins que le tiers ne le soit lui-même devenu, par délégation ou autrement ; car le fait seul de l'indication ne donne pas qualité au tiers pour plaider pour le créancier, elle ne lui donne qualité que pour recevoir le paiement.

204. 2° Qu'elles soient faites par une personne capable de payer.

Il faut aussi à cet égard se reporter à ce qui a été dit sur le paiement en général.

205. 3° Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages dus, des frais liquidés et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire.

En conséquence, si les offres n'étaient pas complètes, si, par exemple, les intérêts non prescrits n'étaient pas offerts en totalité, de telles offres ne seraient pas valables et n'arrêteraient pas le cours des intérêts pour la somme offerte, quoique ensuite

consignée. La dépréciation et la perte des deniers seraient à la charge du débiteur, sauf son action contre le consignataire, s'il y avait lieu. Et il ne faut pas non plus offrir au-delà de ce qui est dû, puisque les offres doivent simplement désintéresser le créancier, et ne pas l'exposer, s'il les accepte, à une demande en restitution pour le trop payé (1).

206. Du reste, lorsque la dette est payable en plusieurs termes, il suffit d'offrir le terme ou les termes échus (2), avec les intérêts également échus, et pour les frais, comme il est dit ci-dessus. Nous pensons même, dans le cas où plusieurs termes seraient échus, que le débiteur ferait valablement des offres de l'un d'eux seulement, même à son choix, pourvu qu'elles fussent entières de ce terme. Vainement on dirait que maintenant tous les termes échus sont exigibles et ne forment qu'une seule et même dette, nous répondrions, au contraire, que le débiteur avait le droit de payer par parties, et qu'il ne l'a pas perdu par le retard qu'il a mis à payer quelques termes; sauf au créancier à le poursuivre pour les termes échus et non offerts. Pothier dit, d'après Dumoulin, que le débiteur de plusieurs années d'arrérages peut obliger le créancier à recevoir le paiement d'une année, quoiqu'il ne lui offre pas en même temps le paiement des autres; qu'ainsi un emphytéote, sujet par la clause du bail à dé-

(1) Denizart, v° *offres*. — (2) Pothier, n° 575.

choir de son droit pour cause de cessation du paiement des trois années de redevance, peut éviter cette peine en offrant le paiement d'une année avant l'expiration de la troisième. Par la même raison, aujourd'hui le débiteur d'une rente constituée en perpétuel pourrait, en offrant le paiement intégral d'une année d'arrérages, prévenir l'application de l'article 1912 touchant le remboursement forcé du capital auquel il est assujetti s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années. Or, la raison est la même pour une dette divisée en plusieurs paiemens; car cela en a fait en quelque sorte autant de dettes qu'il y avait de paiemens à faire, tellement que la prescription court, pour chaque partie de la dette, du jour où le paiement devait en être fait, et non pas seulement du jour de l'échéance du dernier terme, parce qu'elle doit courir du jour où le créancier a pu agir, c'est-à-dire pour ce qu'il pouvait alors demander.

Il est vrai que ces auteurs pensaient que le créancier ne pouvait être contraint de recevoir les arrérages des dernières années avant d'avoir reçu ceux des précédentes, par la raison, disaient-ils, que cela mettrait de la confusion dans ses comptes, *ne rationes ejus turbentur;* tandis que, selon nous, le débiteur peut même offrir le paiement de l'un des termes échus, à son choix. Mais l'on sent combien est faible, et même frivole, cette raison tirée du dérangement que cela pourrait apporter dans les comptes du créancier; elle ne peut point paralyser le droit qu'a tout débiteur

de plusieurs dettes, de déclarer quelle est celle qu'il entend acquitter (art. 1253); or, nous soutenons qu'une dette divisée en plusieurs termes ou paiemens forme en quelque sorte autant de dettes qu'il y a de paiemens à faire. Que le créancier poursuive le débiteur pour le surplus de ce qui est échu, il en a le droit, mais le débiteur aussi a le droit d'offrir chaque terme en particulier, puisqu'il pouvait faire chacun des paiemens de cette manière; et rien dans la loi ne dit qu'il a perdu ce droit par le seul fait du retard qu'il a mis à faire quelques paiemens. Dumoulin et Pothier eux-mêmes le reconnaissaient bien d'ailleurs à l'égard d'un débiteur de plusieurs années d'arrérages, puisqu'ils lui accordaient le droit de faire des offres de l'une ou de quelques-unes seulement, pourvu que ce fût des plus anciennes; restriction qui ne fait rien quant au point de savoir si tout ce qui est alors échu ne forme qu'une seule et même dette, et si, en conséquence, les offres, pour être valables, doivent nécessairement être de tout ce qui est échu au moment où elles ont lieu, question décidée négativement par ces auteurs eux-mêmes.

207. 4° Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier, lors même qu'il l'aurait été aussi en faveur du débiteur; en sorte que les offres de paiement d'une lettre de change, faites avant l'échéance de la lettre, ne sont pas valables. (Article 146, Cod. de comm.)

208. 5° Que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit accomplie ; car jusque-là il n'y a pas à proprement parler de dette, mais seulement l'espérance d'une dette. Et quand bien même celui qui fait les offres renoncerait au droit de répéter dans le cas où la condition ne s'accomplirait pas, les offres n'en seraient pas plus valables pour cela, parce que ce serait faire un don à celui à qui elles seraient faites, et que *invito beneficium non datur*. Et s'il se réservait le droit de répéter, cela obligerait le créancier à garder la somme ou la chose, tandis que c'est au débiteur à la garder et à la conserver jusqu'au moment où la condition venant à s'accomplir, il en doit faire le paiement. S'il en est autrement à l'égard du terme, lorsqu'il n'a pas été stipulé dans l'intérêt du créancier, c'est parce que le terme ne suspend point la dette, il en retarde seulement l'exécution. (Art. 1185.)

209. Mais comme la condition résolutoire ne suspend point l'obligation, qu'elle remet seulement, lorsqu'elle s'accomplit, les choses au même état que si l'engagement n'avait pas existé (art. 1183), nul doute qu'un débiteur sous condition résolutoire ne puisse valablement faire des offres tant que la condition ne s'est pas réalisée. Vainement le créancier alléguerait qu'il sera obligé de garder la chose, pour la restituer, si la condition venait à s'accomplir, et que cette charge lui est incommode ; il ne serait point écouté, parce que, en stipulant sous

une condition de cette nature, il s'est soumis à toutes ses conséquences.

210. Au surplus, si l'on ne peut faire des offres pour une dette suspendue par une condition, rien n'empêche du moins de mettre aux offres que l'on fait certaines conditions, pourvu qu'elles soient raisonnables, c'est-à-dire, pourvu que le débiteur soit en droit d'exiger l'exécution de la charge ou condition qu'il met; par exemple, on peut offrir à la charge de remettre des titres, de donner des décharges, d'apporter des mains-levées d'opposition, de justifier des qualités (1), de consentir la radiation d'une inscription hypothécaire, de consigner, en certains cas, la somme offerte, de fournir, aussi en certains cas, une caution, etc.

211. 6° Que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le paiement; et s'il n'y a pas de convention spéciale à cet égard, qu'elles soient faites, s'il s'agit d'un corps certain, au lieu où il était au moment de la convention, et s'il s'agit de toute autre chose, à la personne du créancier ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention.

212. S'il s'agit d'un effet de commerce transmis par la voie de l'endossement, et que l'on ignore en quelles mains il se trouve, une loi du 6 thermidor an III porte que si le billet n'est pas présenté dans

(1) Denizart, au mot *Offres.*

les trois jours de l'échéance, le débiteur est autorisé à consigner la somme, et à remettre l'acte du dépôt en échange du billet quand il lui sera présenté; et la somme déposée doit être remise sans autre formalité que la remise de l'acte du dépôt, revêtu de la signature de celui qui reçoit; et s'il ne sait pas écrire, il en est fait mention sur les registres.

213. Quant aux autres dettes, si le créancier est absent déclaré tel, les offres doivent être faites à l'envoyé en possession provisoire de ses biens, ou à celui qui en a l'administration légale (art. 134), à personne ou domicile.

Mais si l'absence n'a point encore été déclarée, les offres peuvent êtres faites au domicile qu'avait l'absent lors de son départ.

214. 7° Que les offres soient faites par un officier ministériel, lequel doit dresser procès-verbal contenant désignation des choses offertes, de manière qu'on ne puisse y en substituer d'autres; et si ce sont des espèces, que le procès-verbal en contienne l'énumération et la qualité. Il doit faire aussi mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du créancier, et s'il a refusé ou déclaré ne pouvoir signer. (Art. 812 et 813, Cod. de procéd.)

215. Dans le cas de refus des offres, il n'est dû pour droit d'enregistrement que la somme d'un franc (article 68-30° de la loi du 22 frimaire an VII); au lieu que dans le cas d'acceptation, le procès-verbal doit contenir quittance de la part du créancier,

et en conséquence il est assujetti au droit proportionnel, pour paiement, de 50 cent. par 100 francs. (Art. 68, § 11-11° *ibid.*)

216. Il doit être laissé copie du procès-verbal d'offres au créancier, si celui-ci n'accepte pas les offres. Ni le Code civil ni le Code de procédure ne parlent, il est vrai, de cette copie; mais on sent qu'elle est commandée par la nature des choses; car il faut bien que le créancier puisse méditer la nature des offres qui lui ont été faites : aussi l'article 59 du tarif du Code de procédure contient-il la taxe de cette copie.

217. Si le créancier n'est pas présent à son domicile, l'officier ministériel fait mention dans son procès-verbal de la personne à laquelle il parle, et à laquelle il laisse la copie; et s'il ne trouve aucun des parens ou serviteurs du créancier, il doit remettre de suite la copie du procès-verbal à un voisin, qui signera l'original; si ce voisin ne peut ou ne veut signer, l'huissier doit remettre la copie au maire ou adjoint de la commune, lequel vise l'original, sans frais; et l'huissier fait mention du tout tant sur l'original que sur la copie (argum. de l'article 68 Cod. de procéd.). Ces mesures, prescrites pour prévenir les surprises en matière d'ajournement, sont également nécessaires, par les mêmes motifs, en matière d'offres.

Enfin, si la convention indique la demeure d'un tel, en telle ville, telle rue, tel n°, pour le lieu du

paiement, et que le tiers ait depuis changé de demeure, le débiteur n'est point obligé pour cela de faire les offres au domicile du créancier, ni au nouveau domicicile du tiers, qu'il peut fort bien ignorer; mais le procès-verbal d'offres doit faire mention de cette circonstance, ainsi que de la personne demeurant dans la maison indiquée à laquelle l'huissier aura parlé, et à laquellé il remet la copie, qui est signée par elle; et dans le cas où elle ne veut ou ne peut la signer, l'huissier doit procéder comme il est dit ci-dessus.

218. Telles sont les formalités générales prescrites pour faire valablement les offres, mais elles n'ont pas été jugées suffisantes pour opérer la libération du débiteur, pour tenir lieu, à son égard, de paiement; il faut, de plus, la consignation, à l'exception des cas où il s'agit de choses qui ne pourraient être déposées sans les plus grands embarras, dans la caisse destinée à recevoir les choses offertes, et dont nous allons bientôt parler.

219. Avant le Code, c'était un point controversé que de savoir si le débiteur pouvait, pour se libérer, consigner sans en avoir obtenu l'autorisation de la justice. Pothier pensait que cette autorisation n'était pas nécessaire pour la validité de la consignation; qu'il suffisait que le débiteur eût déclaré au créancier, lors des offres, que, sur son refus, il allait consigner en tel lieu, à tel jour et à telle heure, et, en conséquence, que le jugement qui

intervenait par la suite sur les offres, et qui confirmait la consignation, avait un effet rétroactif au temps où elle avait été faite. Pothier cite un arrêt du 11 août 1703 qui avait jugé en ce sens. Cependant l'opinion contraire était plus suivie, et l'usage était généralement de faire précéder la consignation de l'autorisation de la justice. Le créancier, lors de sa demande, réitérait ses offres à l'audience; ce qu'on appelait *réalisation*.

Le Code a adopté l'opinion de Pothier. Ainsi, il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge; il suffit des quatre conditions suivantes (art. 1259) :

1° Qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée;

2° Que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué pour recevoir les consignations (1), avec les intérêts, *jusqu'au jour du dépôt;*

3° Qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non comparution, et enfin du dépôt;

4° Qu'en cas de non comparution de la part

---

(1) Non plus à la caisse d'amortissement, mais à la caisse des consignations, pour les consignations faites à Paris, et chez les préposés de cette caisse, pour celles faites dans les départemens. Ordonnance du 3 juillet 1816.

du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié, avec sommation de retirer la chose déposée.

L'officier ministériel qui doit dresser le procès-verbal du dépôt n'est pas celui entre les mains duquel on fait la consignation, mais un huissier, celui qui a fait les offres, ou un autre, n'importe. (Art. 60 du Tarif qui assujettit l'huissier à en donner copie au dépositaire, ainsi qu'au créancier.)

220. Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci peut obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu. (Art. 1264.)

Les frais de transport au lieu du dépôt, et ceux de logement et de garde, seraient à la charge du créancier.

Ainsi le dépôt n'est point prescrit dans ce cas, il est facultatif pour le créancier. Mais bien que l'art. 1264 ne prescrive pas de dresser un procès-verbal du dépôt, ni de faire une notification de ce dépôt au créancier, néanmoins il faut bien lui faire connaître le lieu où la chose a été mise; et si un procès-verbal du dépôt n'est pas absolument in-

dispensable, du moins une notification de ce dépôt est nécessaire.

Du moment que le débiteur a fait au créancier sommation d'enlever la chose, il est déchargé de la responsabilité des cas fortuits, s'il les avait pris à sa charge; et s'il était en demeure, la demeure est purgée. S'il a fait ordonner le dépôt de la chose dans un autre lieu, et qu'il l'ait effectué, il est entièrement dégagé de toute responsabilité relative à la garde de l'objet, sauf au créancier son action contre le tiers dépositaire, s'il y a lieu. S'il a continué à garder la chose chez lui, il ne répond plus que de sa faute grave, dans le cas même où il eût été tenu de la faute moyenne ou légère, soit d'après la nature de l'affaire, soit en raison d'une clause particulière du contrat (1).

221. Le Code ne prévoit pas le cas où l'objet de l'obligation serait une chose indéterminée, comme un cheval en général, cent hectolitres de froment, dix pièces de vin de tel canton.

Si l'on est convenu d'un lieu pour le paiement, il n'y a pas de difficulté; le débiteur doit y transporter la chose, et à ses frais, à moins de convention contraire, et il doit faire sommation au créancier de l'y recevoir; mais cette sommation ne doit pas moins être faite à personne ou au domicile réel du créancier, ou au domicile élu pour l'exécution

---

(1) Voyez les LL. 16, ff. *de periculo et comm. rei vend.*; 9, ff. *soluto matrim. quemad. dos petatur.*; et 73, ff. *de solut.*

de la convention, lieu qui peut être fort distinct de celui ou le paiement doit être effectué (article 1258-6°) (1).

Si l'on n'est pas convenu d'un lieu pour la livraison, elle doit être faite au domicile du débiteur (art. 1247). M. Pigeau (2) décidait que les offres doivent être faites, dans ce cas, au domicile du créancier, et, pour cela, que le débiteur doit y transporter la chose. Cet auteur, qui se fondait pour le décider ainsi, sur l'art. 1258, n° 6, n'a pas parlé des frais de transport, mais il est à croire qu'il entendait qu'ils devraient être supportés par le créancier. Quoi qu'il en soit, nous ne croyons pas qu'il soit même vrai de dire que le débiteur de choses indéterminées *doive* transporter la chose chez le créancier pour lui en faire des offres valables ; telle n'a pu être la pensée du législateur. Il y aurait de trop graves inconvéniens ; ce serait, dans une foule de cas, exposer le créancier lui-même à des pertes considérables, indépendamment des frais de transport qu'il aurait à supporter, et qu'il devrait, de toute justice, supporter dans ce système. Par exemple, si quelqu'un de tel endroit doit à une personne qui a son domicile dans un autre lieu, cent hectolitres de froment qui doivent être délivrés au lieu où demeure le débiteur, parce qu'il n'y a pas de lieu convenu spécialement pour y faire

---

(1) Voyez *suprà*, n° 97 et suiv.

(2) *Procedure civile*, livre 3, *des offres*, § 3.

la délivrance, et que le blé soit plus cher dans le lieu où elle doit être faite que dans celui où demeure le créancier, ne serait-il pas déraisonnable d'obliger le débiteur, pour pouvoir faire des offres valables, à transporter ce blé chez le créancier? Et si c'étaient des marchandises qui eussent subi des droits d'entrées dans la ville où la délivrance devrait être faite, par exemple du vin livrable dans l'intérieur de Paris, ne serait-ce pas supposer au législateur une intention absurde que celle d'avoir voulu que ce vin sortît de Paris et fût transporté peut-être à deux cents lieues de là, où demeure le créancier, pour que le débiteur puisse le lui offrir? Vainement dirait-on que c'est tant pis pour le créancier, de n'avoir pas pris délivrance dans le lieu où elle devait être faite; car, en admettant même qu'il y aurait toujours de sa faute, que jamais le débiteur n'userait de surprise, n'agirait par malice, que ce serait toujours après avoir fait des offres à l'amiable, des offres bien constatées, qu'il lui conduirait la chose chez lui, la loi n'en serait pas moins très vicieuse; puisqu'il y a un autre moyen bien plus simple de mettre le créancier en demeure sans l'exposer à des pertes, et ce moyen, c'est celui qui est tracé par l'art. 1264, pour le cas où il s'agit d'un corps certain et déterminé. Ce serait d'ailleurs très incommode pour le débiteur lui-même, qui aurait ainsi à faire voyager des denrées au loin, à en surveiller le transport et à courir les risques qui en sont inséparables, ou bien à acheter sur les lieux

des choses de même espèce pour les livrer, tandis qu'il en a chez lui pour cela. Et si l'on songe que la loi ne parle en aucune manière de ces offres préalables, qu'elle ne parle non plus d'aucun acte qui aurait pour objet de les constater, on verra facilement combien d'abus ce système pourrait faire naître, combien il serait aisé à un débiteur de satisfaire quelqu'animosité envers le créancier, en lui envoyant, à l'improviste, les denrées dues, ou autres objets, et de lui faire ainsi supporter des frais de transport, et subir une grande dépréciation dans la valeur de la chose due.

Mais, au contraire, les offres doivent être faites au lieu où le paiement doit être effectué, par conséquent, dans l'espèce, au domicile du débiteur. L'art. 1255-6° n'est point applicable au cas qui nous occupe; car, par l'offre que fait le débiteur, par sa sommation au créancier d'enlever la chose, il la rend corps certain et déterminé, ce qui donne lieu d'appliquer l'art. 1264, tout comme si l'obligation eût été d'un corps certain dès le principe. Le débiteur doit donc simplement faire sommation au créancier, à personne ou au domicile élu pour l'exécution de la convention, s'il y en a un, de venir prendre délivrance dans l'endroit où elle doit être faite, et si le créancier n'obtempère point à la sommation, et que le débiteur ait besoin du lieu où se trouve la chose due, il peut demander au tribunal d'être autorisé à la mettre en dépôt dans un autre lieu, aux frais du créancier. C'est ainsi que les

choses se passent dans la pratique. Dès la sommation, la chose est aux risques du créancier, parce qu'elle est devenue déterminée, tandis qu'auparavant elle était aux risques du débiteur comme chose indéterminée; or, *genus non perit:* en sorte que le débiteur ne répond plus que de sa faute, et, après le dépôt, il ne répond plus de rien.

S'il a, de fait, conduit la chose chez le créancier, et que celui-ci ne veuille pas la recevoir, il ne doit pas pour cela l'abandonner; il doit, s'il ne veut pas la remporter, demander à être autorisé à la mettre en dépôt dans quelque lieu, comme il est dit ci-dessus.

Art. III.

De l'effet des offres régulières suivies de la consignation.

222. Si toutes les formes ci-dessus rappelées ont été remplies, le débiteur, pourvu qu'il ne retire pas sa consignation avant qu'elle ait été agréée par le créancier, ou déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée, est pleinement libéré, ainsi que ses codébiteurs et ses cautions, et ses biens sont affranchis des hypothèques qui étaient attachées à la dette; les intérêts ont cessé de courir du jour de la consignation; les risques sont à la charge du créancier, en sorte que s'il y a diminution de valeur dans les espèces, elle est supportée par lui; les frais des offres et de la consignation sont aussi à sa charge, si elles sont valables, et il a contre le consignataire l'action de dépôt pour retirer la chose ou la somme déposée.

223. Quant aux intérêts, M. Pigeau décidait bien que, dans les consignations faites sans autorisation de justice, ils ne cessaient de courir qu'à partir du jour de la consignation, conformément à l'article 1259-n° 2; mais il prétendait que, lorsque la consignation a été autorisée par justice, sur la demande du débiteur, les intérêts ont cessé du jour où celui-ci a réitéré ses offres à l'audience, en les *réalisant*, en faisant ainsi des offres réelles. Il a soutenu que l'article 816 du Code de procédure doit être entendu en ce sens, et que telle a été la pensée des commissaires rédacteurs. Cet article est ainsi conçu : « Le jugement qui déclarera les offres valables, or- « donnera, dans le cas où la consignation n'aurait « pas encore eu lieu, que, faute par le créancier « d'avoir reçu la somme ou la chose offerte, elle « sera consignée : il prononcera la cessation des « intérêts du jour *de la réalisation.* »

Ainsi, cet auteur entendait par *réalisation*, celle qui se faisait, dans l'ancienne jurisprudence, par la réitération des offres à l'audience avant de consigner; et comme dans le rapport sur la loi *des offres de paiement et de la consignation*, fait au Tribunat par M. Tarrible, il fut dit que la réalisation dont parle cet article est celle du dépôt, et qu'il faut appliquer l'article 1259 du Code civil, M. Pigeau à soutenu que c'était une erreur; que le mot *réalisation* ne signifie point ici *consignation*. A l'appui de son opinion, il donne quelques raisons qui ne sont pas d'un très grand poids, et qui

ont été complètement réfutées par M. Delvincourt dans son *Cours de Code civil*, et par M. Carré dans son *Analyse raisonnée de la procédure civile*, sur cet article 816. Il en est une décisive, c'est que tant que le débiteur a les deniers dans sa main, ils lui servent ou peuvent lui servir, par conséquent les intérêts ne doivent point cesser. Il a un moyen tout simple de prouver que la somme lui est inutile, c'est de la consigner aussitôt. Mais précisément comme cet article, tout en ordonnant que la consignation aura lieu, ne fixe pas de délai à cet effet, et qu'ainsi le débiteur peut garder indéfiniment les deniers par devers lui, il ne serait pas juste qu'il s'en servît ou pût s'en servir, et cependant qu'il fût affranchi des intérêts avant de s'en être dessaisi. Le mot *réalisation* doit, au contraire, être entendu de la réalisation à la caisse des consignations ; et si les commissaires rédacteurs l'ont entendu autrement, ç'a été par une préoccupation de l'ancienne jurisprudence ; mais la loi n'a pas été discutée et adoptée en ce sens. Le Code de procédure ne doit pas être présumé déroger au Code civil ; il faut qu'une dérogation y soit claire et positive, pour qu'on puisse raisonnablement prétendre qu'elle existe ; or, c'est ce qui n'a pas lieu dans l'espèce.

224. Nous ne pensons pas non plus, avec le même auteur, que, bien que le créancier accepte les offres qui lui sont faites par l'huissier, il doit supporter les frais dus pour le transport de cet officier minis-

tériel et pour le procès-verbal qu'il dresse, même dans ce cas, en conformité des articles 812 et 813 du Code de procédure, et que l'huissier a le droit de retrancher ces frais de la somme offerte. M. Pigeau fondait sa décision sur ce que, disait-il, il y a lieu de présumer que le créancier a d'abord demandé son paiement à l'amiable, et que le débiteur, par impuissance ou mauvaise volonté, le lui a refusé. D'abord cette présomption n'est point écrite dans la loi, et il peut souvent arriver qu'un débiteur, par mauvaise humeur ou par malice, envoie faire le paiement de sa dette par huissier, au lieu de le faire par lui-même, ou d'attendre que le créancier se présente pour le recevoir. Celui-ci serait donc bien fondé à se refuser de recevoir la somme ainsi réduite du montant de ces frais, et l'huissier devrait, sur sa réquisition, mentionner dans son procès-verbal la cause du refus. L'opinion de M. Pigeau, qui, au surplus, n'est pas ordinairement suivie dans la pratique, ne devrait être admise qu'autant qu'il serait prouvé, par des lettres ou autrement, que le débiteur a effectivement offert d'abord au créancier le paiement de tout ce qui était dû, sans y mettre de condition qu'il n'eût pas le droit d'imposer.

225. De même, nous ne sommes pas de l'avis de ceux (1) qui pensent que la libération du débiteur date du jour des offres, ni de ceux (2) qui disent

(1) M. Toullier. — (2) M. Delvincourt.

qu'elle ne date que du jour de la signification du procès-verbal du dépôt, et que jusque là la somme ou la chose est aux risques du débiteur. Elle date, selon nous, du jour du dépôt, qui est celui où cessent les intérêts. (Art. 1258-2°.)

Ceux qui pensent qu'elle a lieu du jour des offres, se fondent sur ce que l'art. 1257 dit que les offres réelles, suivies de la consignation, libèrent le débiteur. Ce sont donc, disent-ils, les offres qui libèrent, pourvu qu'elles soient suivies de la consignation; or, cette condition accomplie a un effet rétroactif au jour des offres (art. 1179). Et à l'objection tirée de ce que les intérêts ne cessent cependant que du jour du dépôt, et qu'il serait contre tous les principes qu'une dette éteinte continuât à produire encore des intérêts, ils répondent que c'est en effet une anomalie dans la loi. Mais nous croyons, nous, qu'il n'y a pas d'anomalie, et que l'article 1257 ne veut pas dire autre chose, si ce n'est que les offres réelles, *avec* la consignation, libèrent le débiteur; et comme la consignation ne peut se faire en même temps que les offres, qu'elle ne peut que les *suivre*, l'on a rédigé l'article dans le sens d'un ordre de temps, et non dans le sens d'une simple condition avec effet rétroactif.

Quant à ceux qui pensent que la libération ne date que du jour de la signification de l'acte de dépôt, et qui décident en conséquence que, jusque là, la somme ou la chose due est aux risques du débiteur, ils se fondent sur ce que l'article 1259

exige quatre conditions pour la validité de la consignation, dont l'une est la signification de l'acte de dépôt : donc, disent-ils, tant que cette signification n'est pas faite, la consignation n'est pas complète, n'est pas valable, et le débiteur n'est pas libéré. Peu importe que les intérêts cessent de courir du jour du dépôt, car, *stricto jure*, ils devraient cesser du jour des offres, puisque c'est de ce jour que le créancier est en demeure de recevoir; et si on les fait courir jusqu'au jour du dépôt, c'est parce que c'est de ce jour qu'il est certain que le débiteur ne retire plus aucun profit de la somme ou de la chose offerte ; mais cela n'empêche pas qu'il ne doive être libéré que du jour seulement de la signification du procès-verbal; car, comme cette signification n'a lieu que lorsque le créancier a fait défaut lors du dépôt, ce n'est que du jour où elle a été faite qu'il a été légalement instruit que le dépôt a eu effectivement lieu, et qu'il a été mis en demeure de le retirer.

Cependant le même auteur (1) dit dans une note précédente « que les offres seules constituent le « créancier en demeure, dans le sens qu'elles ont « pour effet de libérer le débiteur de toutes les « obligations secondaires qu'il aurait pu contracter « pour le cas d'inexécution de l'obligation princi- « pale dans un délai prescrit, telles que clause pé- « nale, etc., *et de faire supporter au créancier la*

(1) M. Delvincourt.

« *perte occasionée par la diminution des espèces*
« *offertes, survenue dans l'intervalle des offres à*
« *la consignation.* »

Il nous semble qu'il y a contradiction entre cette proposition et la précédente, qui laisse aux risques du débiteur la somme ou la chose déja consignée, tant que le procès-verbal de consignation n'a pas été signifié au créancier. Quoi qu'il en soit, il est plus vrai de dire que c'est la consignation qui libère le débiteur, pourvu que les conditions et formalités voulues par la loi soient remplies; or, l'une de ces conditions, la signification de l'acte de dépôt, a et doit avoir un effet rétroactif, parce que, dans ce cas, le débiteur est dessaisi de la chose par le dépôt. C'est la véritable raison qui fait cesser le cours des intérêts à partir de ce jour. Ceux que paie la caisse des consignations courent au profit du créancier, dans le cas où les offres ne seraient point retirées : donc, dans cette hypothèse, la somme est censée lui appartenir du jour de la consignation, et par conséquent les risques le concernent dès ce jour même.

Et si l'on disait que, la loi ne fixant pas de délai pour faire la signification de l'acte de dépôt, le débiteur pourrait ne la faire que lorsque quelque événement aurait déprécié ou même fait périr la somme ou la chose consignée, et qu'ainsi tout l'avantage serait de son côté, nous répondrions que le créancier peut demander son paiement, et alors le débiteur sera bien forcé, s'il veut utiliser ses offres, de

faire cette signification. Si le créancier est censé ignorer la consignation, il ne peut pas dire également qu'il ignore les offres. D'ailleurs, il n'est pas vraisemblable qu'un débiteur qui veut se libérer, puisqu'il fait des offres, mettra une lenteur calculée à faire signifier l'acte de dépôt de ces mêmes offres.

Nous irons plus loin ; nous soutenons même que si l'huissier (et le cas est arrivé), après avoir fait au créancier des offres suffisantes pour éteindre entièrement la dette, capital, intérêts et frais, était dépouillé par des voleurs en s'en retournant de chez ce dernier pour aller chez lui ou à la caisse des consignations; nous soutenons, disons-nous, que le débiteur pourrait se faire, du refus injuste du créancier, une exception pour repousser sa demande, en supposant qu'il n'y eût aucune faute à reprocher à l'huissier. Car, tout fait quelconque de l'homme qui cause du préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (art. 1382); or, l'on ne peut nier que l'injuste refus du créancier de recevoir le paiement de sa créance, est ce qui a causé ce dommage. Le débiteur ne serait sans doute pas libéré de plein droit, puisqu'il n'y a pas eu de consignation, mais il devrait l'être *exceptionis ope*, en vertu du principe général ci-dessus.

226. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables (article 1260); mais ceux du paiement, tels que le droit

proportionnel pour quittance, n'en restent pas moins à la charge du débiteur, puisqu'il aurait dû aussi supporter ces frais dans le cas où il n'y aurait pas eu d'offres réelles. (Article 1248.)

227. Le débiteur n'est point obligé de faire juger la validité de sa consignation dans un délai déterminé; il peut attendre que le créancier l'attaque; alors la question de validité s'engagera, et si elle est jugée en faveur du débiteur, la demande sera écartée comme elle le serait par la justification d'un paiement proprement dit. Dans le cas contraire, la somme ou la chose consignée sera restée à ses risques et périls, c'est lui qui supportera les frais des offres, et les intérêts n'auront pas cessé de courir, sauf à lui à opposer ensuite la prescription pour ceux qui seraient échus depuis plus de cinq ans (article 2277). Mais pour sa tranquillité, il doit faire juger au plus tôt la validité de sa consignation, d'autant mieux que la preuve de tel ou tel paiement fait par à-compte avant les offres, pourrait venir à périr avec le temps.

228. La consignation volontaire ou ordonnée par justice est toujours faite à la charge des oppositions, s'il en existe, et en les dénonçant au créancier. (Art. 817, Cod. de procéd.)

229. La consignation n'est point un paiement proprement dit, car le paiement renferme essentiellement la translation de la propriété de la chose

payée en la personne du créancier : or, dit Pothier (1), le créancier n'a point acquis cette propriété tant qu'il n'a point agréé les offres ou la consignation, parce que *dominium non acquiritur, nisi corpore et animo* (2). Aussi l'article 1261 porte-t-il que « tant que la consignation n'a point été accep- « tée par le créancier, le débiteur peut la retirer ; et « s'il l'a retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne « sont point libérés. »

230. Par la même raison, les priviléges et les hypothèques subsistent toujours. C'est lui qui supporte les frais, et les intérêts n'ont pas cessé de courir.

231. Le débiteur peut aussi retirer sa consignation dans le cas même où les espèces auraient augmenté de valeur, attendu que c'est encore sa chose : la disposition de l'article est absolue. En vain dirait-on que, puisque les risques étaient à la charge du créancier, il est juste que l'avantage lui profite ; c'est sa faute de n'avoir pas accepté les offres. Pothier était d'un avis contraire, parce que, disait-il, « le « débiteur ne peut pas être recevable à arguer de « nullité sa propre procédure. » Mais cette raison est sans force ; le débiteur n'argue pas de nullité sa procédure ; il retire sa consignation parce que c'est encore sa chose ; et si la loi ne l'eût vu ainsi,

(1) *Des obligations*, n° 573.

(2) Cela est plus spécialement vrai quant à la *possession* ; mais l'on peut dire *dominium invito non acquiritur*.

elle ne lui eût pas permis de la retirer au préjudice de ses codébiteurs, et surtout de ses cautions.

252. Les codébiteurs ou cautions ne pourraient même, en cette seule qualité, s'opposer à ce que le débiteur la retirât; car l'effet de la consignation est réellement conditionnel; les codébiteurs ou les cautions n'ont point encore acquis leur libération par elle, puisque le débiteur n'a point acquis la sienne : c'est encore la chose de ce dernier; et de même qu'une caution ne peut, de sa propre autorité, employer telle ou telle chose du débiteur pour payer la dette, de même elle ne peut, malgré lui, pour acquérir sa libération, faire servir la somme ou la chose consignée.

Cependant M. Pigeau a écrit le contraire. « Si, « dit-il, les codébiteurs ou les cautions craignent « que le débiteur ne paie pas, ils peuvent s'opposer « à la reprise de la somme, *pour maintenir la libé-« ration opérée par la consignation.* » Nous croyons que c'est là une erreur de principe; car il est bien évident que la consignation n'a point opéré la libération, puisque autrement le débiteur ne pourrait la retirer au préjudice de ses codébiteurs et de ses cautions. Il n'y aurait pas besoin, pour l'en empêcher, d'une opposition de leur part, la loi elle-même s'y opposerait, comme elle s'y oppose lorsque la consignation a été acceptée par le créancier, ou déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée. En réalité, la consignation

n'a que des effets conditionnels, subordonnés aux cas où le débiteur ne la retirera pas avant qu'elle soit acceptée ou jugée valable. La caution n'est point créancière tant qu'elle n'a pas payé la dette; qu'elle poursuive sa décharge, si elle en a le droit, soit; même elle ne peut disposer arbitrairement de la chose du débiteur. A plus forte raison cela est-il vrai à l'égard des codébiteurs solidaires.

233. Mais lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer cette consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions (art. 1262), ni, par la même raison, pour faire revivre les priviléges et les hypothèques; car ce jugement équivaut à une acceptation du créancier, *quia judicio quoque contrahimus*.

234. Ainsi le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée, ne peut plus, pour le paiement de sa créance, exercer les priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés: il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée aura été revêtu des formes requises pour emporter hypothèque (art. 1263). Par conséquent, il faudrait un consentement à cet

effet dans l'acte ou dans un acte postérieur, et une nouvelle inscription.

Il en serait de même, et par le même motif, si le créancier avait d'abord accepté la consignation, avant de consentir à son retirement.

235. Enfin, après que le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré sa consignation valable, ce jugement équipolle tellement à une acceptation de la consignation par le créancier, que le débiteur ne peut plus la retirer sans le consentement de ce dernier, quoiqu'il n'y eût ni codébiteur, ni caution, ni privilége, ni hypothèque : tout est consommé, et l'action de dépôt appartient maintenant au créancier seul. En sorte que si, dans l'ignorance du jugement, le consignataire avait remis la somme ou la chose au débiteur, le créancier serait en droit de se la faire restituer par ce dernier.

236. Mais qu'entend-on dans ces articles par *un jugement passé en force de chose jugée*, par *un jugement qui a acquis force de chose jugée?*

Sans doute un jugement contradictoire rendu en premier ressort, et signifié, est exécutoire après la huitaine du jour où il a été rendu (art. 450, Cod. de procéd.), tant qu'il n'en est pas interjeté appel ; mais cela ne fait pas que ce jugement doive être considéré comme passé en force de chose jugée par cela seul qu'il n'en est point encore appelé ; il n'aura la force de la chose jugée que par

l'acquiescement de la partie condamnée, ou par l'expiration du délai d'appel sans appel, ou par la confirmation sur appel. C'est bien certainement en ce sens que les art. 1350-3° et 1351 entendent *l'autorité de la chose jugée*, ou, en d'autres termes, un jugement passé en force de chose jugée, un jugement ayant acquis force de chose jugée. On l'entend de la même manière dans l'art. 2056, qui porte que la transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle; mais que si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction sera valable. Et pourquoi, dans ce cas, est-elle valable? C'est évidemment parce que le jugement, alors susceptible d'appel, n'était point passé en force de chose jugée, autrement il y aurait contradiction entre les deux dispositions. C'est aussi dans le même sens que l'on entend *un jugement passé en force de chose jugée* dans l'art. 800 du Code, et dans l'art. 874 du Code de procédure.

Si ces art. 1262 et 1263 eussent porté simplement que le débiteur ne pourrait plus retirer sa consignation après avoir obtenu lui-même un jugement qui l'aurait déclarée valable, ainsi qu'il est dit dans l'art. 1211, que, lorsqu'il est intervenu *un jugement de condamnation*, la demande formée contre l'un des débiteurs solidaires, *pour sa part*, le décharge de la solidarité, on eût été porté à penser qu'en effet un jugement en premier ressort qui aurait dé-

claré les offres et la consignation bonnes et valables, devait, comme un jugement en dernier ressort, faire obstacle à ce que le débiteur retirât sa consignation au préjudice de ses codébiteurs et de ses cautions: car, comme celui qui a obtenu un jugement qui lui adjuge entièrement ses conclusions n'a aucun motif d'en appeler, que ce jugement est à son égard comme s'il était rendu en dernier ressort, on eût dû croire que le débiteur, qui se trouve dans le même cas, n'a plus le droit de retirer sa consignation, que tout est consommé si le créancier lui-même ne fait pas réformer le jugement de validité. Mais ces articles parlent, au contraire, positivement d'un jugement *passé en force de chose jugée*, *d'un jugement qui a acquis force de chose jugée*, et un simple jugement sujet à l'opposition ou à l'appel n'a point cette qualité: d'où nous concluons qu'en effet, tant que celui qu'a obtenu le débiteur ne l'a pas acquise, il ne fait point obstacle à ce que ce débiteur retire sa consignation, même avec cet effet que les codébiteurs et les cautions ne seront point libérés, ni les priviléges et les hypothèques éteints. On a probablement pensé que tant que le créancier pouvait former opposition au jugement, ou en interjeter appel, le contrat judiciaire n'était point encore complètement formé, et en conséquence, que la somme où la chose consignée appartenait encore au débiteur; or, si elle lui appartient encore, il peut la reprendre sans que ses codébiteurs ou cautions puissent s'en

plaindre, puisqu'il ne leur retire aucun droit acquis, leur libération n'ayant pas eu lieu dès que la sienne ne s'est point définitivement opérée.

237. Et du principe que tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, ou déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée, le débiteur peut la retirer, parce qu'il est encore propriétaire des deniers ou de la chose consignée, l'on doit aussi tirer la conséquence que ses autres créanciers peuvent former opposition entre les mains du consignataire, attendu que tout créancier peut saisir-arrêter entre les mains d'un tiers, les choses appartenant ou dues à son débiteur, et que les créanciers peuvent faire par voie d'opposition ce que leur débiteur peut faire par voie de reprise. Le montant de la consignation se distribuerait donc entre les saisissans ou opposans comme dans les cas ordinaires.

238. L'acceptation de la consignation que ferait le créancier depuis ces oppositions, quoique avant la distribution des deniers faite à l'amiable, ou avant la clôture du procès-verbal du juge commissaire chargé de présider à la distribution judiciaire, ne les rendrait point inefficaces; seulement, si le créancier voyait que la solvabilité du débiteur est devenue douteuse, il pourrait se rendre aussi opposant comme les autres créanciers, et venir avec eux à la distribution par contribution, mais il n'aurait que ce droit uniquement. Ce serait sa faute

de n'avoir pas accepté la consignation avant les oppositions, ou de n'avoir pas formé sa demande en nullité des offres, et en paiement de sa créance, s'il les jugeait insuffisantes.

239. Ses propres créanciers peuvent aussi former opposition à la consignation, laquelle est même toujours faite à la charge des oppositions, soit qu'elle ait eu lieu sans jugement ou en vertu de jugement (art. 817, Cod. de procéd.). Mais à cet égard il faut distinguer.

Si les oppositions ont eu lieu avant celles qu'auraient faites des créanciers du débiteur, elles doivent être acquittées par préférence à ces dernières, attendu qu'elles valent, jusqu'à concurrence de leur montant, acceptation de la consignation par le créancier à qui les offres ont été faites, parce que ceux qui les ont formées exercent les droits de leur débiteur, conformément à l'art. 1166.

Mais si elles ont eu lieu après celles faites par des créanciers du débiteur, elles viennent par concurrence avec celles formées par ces derniers; et, quel que soit leur montant, elles ne peuvent représenter, dans la distribution des deniers, que celui de la créance pour laquelle les offres ont été faites, puisque ce n'est que du chef du créancier que ces mêmes oppositions ont eu lieu, et en exercice de ses droits.

Que si les unes étaient antérieures et d'autres postérieures à celles formées par les créanciers du

débiteur, le montant des premières serait prélevé sur celui de la consignation, pour être joint à ce qui reviendrait, dans la distribution du surplus, aux opposans du chef du créancier; et la somme provenant de ces deux opérations serait distribuée entre les divers créanciers du créancier selon les règles ordinaires.

240 Enfin, toujours du principe que, tant que la consignation n'a pas été acceptée par le créancier ou déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée, la somme ou la chose consignée appartient encore au débiteur, nous tirons aussi la conséquence que s'il tombait en faillite avant cette acception ou ce jugement, le créancier ne pourrait plus accepter les offres, à l'exclusion des autres créanciers du failli. Le pacte ne pourrait plus se former, parce que le débiteur, dès sa faillite, est dessaisi de l'administration de ses biens (art. 442, Code de comm.); or, jusqu'à l'acceptation ou un jugement passé en force de chose jugée, le paiement n'était point parfait, il n'y avait qu'offre de paiement, quoiqu'il y eût consignation, et telle est la raison pour laquelle le débiteur pouvait la retirer, de manière même que ses codébiteurs et ses cautions n'auraient pas été libérés; il pouvait même, comme nous l'avons dit, retirer les objets nonobstant l'opposition de ses codébiteurs et même de ses cautions. En un mot, la consignation n'avait que des effets

conditionnels. Le créancier alléguerait en vain que les risques étaient à sa charge ; cela ne faisait pas que les objets fussent devenus sa propriété, puisqu'il n'a pas voulu les acquérir : la règle *res perit domino* souffre bien d'autres exceptions. Les risques étaient à sa charge, uniquement par la raison que son injuste refus de recevoir ce qui lui était dû ne devait pas tourner au détriment du débiteur. Et vainement aussi dirait-il qu'ayant eu le droit de prendre les deniers à la caisse des consignations, la faillite du débiteur, qui est un événement qui lui est étranger, n'a pas dû le lui enlever ; on lui répondrait que si les créanciers du débiteur avaient formé opposition à la consignation, leurs oppositions n'auraien pas été rendues inefficaces par l'acceptation des offres faites postérieurement : or, la faillite du débiteur tient lieu d'opposition de la part de ses créanciers, puisque depuis qu'elle a eu lieu il n'a pu payer, étant dessaisi de l'administration de ses biens. La Cour de cassation, par arrêt de cassation, du 12 février 1811 (1), a en effet décidé comme nous le faisons, que l'état de faillite opère une saisie au profit de la masse des créanciers, et en conséquence que le débiteur du failli pour une dette commerciale non échue au moment de la faillite, et en même temps créancier du failli, ne pouvait, pour se dispenser de payer sa dette, faire valoir la

---

(1) *Journal de la jurisprudence du Code civil*, tome XVI, pag. 265. Nous citons plus loin cet arrêt à la section de la compensation.

compensation à raison de sa créance; qu'au contraire, il devait payer sa dette, et réclamer comme tout autre créancier le paiement de sa créance; que bien que la compensation s'opère de plein droit (art. 1290), et que la faillite rende les dettes exigibles (art. 1188), néanmoins, dans l'espèce, la compensation n'avait pu avoir lieu, parce qu'elle est supposée un paiement, et que le paiement d'une dette commerciale non échue eût été sujet à rapport, s'il eût été fait dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite (art. 446, Code de comm.), ce qui ne permet pas de supposer que la loi l'ait fait elle-même; que, loin de là, elle a saisi la dette dans l'intérêt de la masse, et un débiteur ne peut pas opposer aux saisissans la compensation à raison d'une créance qui n'était point compensable au moment de la saisie (art. 1298). Ainsi, le créancier a accepté trop tard la consignation; le produit s'en distribuera comme celui des autres biens du débiteur.

§ V.

De la cession de biens.

SOMMAIRE.

241. *La cession de biens est de deux sortes : la cession volontaire et la cession judiciaire.*

242. *Les effets de la cession volontaire sont déterminés par le contrat.*

243. *Les commerçans faillis ont le privilége de pouvoir faire un concordat, mais les non commerçans ne peuvent, dans*

l'état actuel de la législation, opposer un traité à tel ou tel de leurs créanciers, qu'autant qu'il y a adhéré : conséquences.

244. *Une simple cession de biens volontaire peut être faite par tout débiteur ; elle ne confère pas la propriété aux créanciers, mais seulement le droit de faire vendre les biens.*

245. *Elle peut toutefois être translative de propriété ; alors elle a les effets généraux de la dation en paiement : conséquences.*

246. *Pour être une cession de biens proprement dite, la cession doit être de tous les biens, à l'exception néanmoins des choses insaisissables, et être faite au profit de tous les créanciers.*

247. *Le débiteur est libéré de ses dettes existantes, sauf l'effet des réserves stipulées dans le traité.*

248. *Les codébiteurs solidaires profitent de la remise faite par un traité autre qu'un concordat proprement dit, sauf les réserves du créancier contre eux.*

249. *La caution en profite également, excepté aussi le cas d'un concordat, et l'effet des réserves spéciales contre elle.*

250. *Quelle est la cession judiciaire.*

251. *Elle est assez rare parmi les non commerçans.*

252. *Elle ne peut être refusée par les créanciers que dans les cas prévus par la loi.*

253. *Elle ne confère point non plus la propriété des biens aux créanciers, mais seulement le droit de les faire vendre pour être payés sur leur produit.*

254. *Elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés.*

255. *Elle opère seulement la décharge de la contrainte par corps.*

256. *Elle n'empêche point un créancier de poursuivre les codébiteurs solidaires, pour toute la dette, tant qu'il n'est pas réellement payé pour une partie.*

257. *Il en est de même quant à la caution, sauf pour celle-ci l'exercice du bénéfice de discussion, s'il y a lieu, et à la charge d'en remplir les conditions.*

241. La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il est hors d'état de payer ses dettes. (Art. 1265).

Il en est de deux sortes : la cession de biens volontaire, et la cession judiciaire. (Art. 1266.)

Nous traiterons de chacune séparément, parce que les effets ne sont pas les mêmes en tout point.

Art. Ier.

De la cession de biens volontaire.

242. La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur. (Art. 1267.)

Elle doit être acceptée par tous les créanciers; mais il n'est pas de rigueur qu'ils soient réunis à cet effet et que ce soit séance tenante, ainsi que cela est exigé pour les concordats. (Art. 522, Code de commerce.)

243. La majorité des créanciers d'un commerçant failli, réunissant les trois quarts des créances vérifiées, peut, en se conformant aux dispositions du Code de commerce à cet égard, faire avec le débiteur un *concordat* ou traité obligatoire aussi pour la minorité (1), par lequel ils lui accordent des délais et même une réduction du montant des créances. Mais, comme nous l'avons dit au tome précédent, n° 226, ce droit n'est établi par les lois nouvelles qu'en faveur des commerçans; aucune disposition du Code civil ne le consacre, et celles du Code de commerce ne sont évidemment relatives qu'à ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle. Exposés à plus de chances que les autres citoyens, et soumis à la

(1) *Voyez* les articles 519 et suivans du Code de commerce.

contrainte par corps à raison des actes de leur profession, la loi a cru devoir leur accorder une protection spéciale contre l'exercice de cette contrainte, et en même temps leur offrir le moyen de rester à la tête de leurs affaires, pour les rétablir par des opérations plus heureuses, ce qui peut même être plus avantageux pour les créanciers que si, par le refus de quelques-uns d'entre eux de consentir à l'arrangement, ils étaient réduits à faire vendre les biens du failli, dont le produit pourrait être consumé par les frais. Quolqu'il en soit, c'est un droit exorbitant, et en admettant que les raisons fussent les mêmes pour l'étendre aux non commerçans, ainsi que cela avait lieu dans l'ancienne jurisprudence, comme le Code civil ne le consacre pas, il faut tenir qu'il ne s'applique point à ceux qui ne sont pas commerçans de profession.

De là, si l'un ou plusieurs des créanciers d'un non commerçant ne veulent pas accepter la cession que celui-ci offre de faire de ses biens pour être libéré de ses dettes existantes, et que la majorité des créanciers a cependant acceptée, ceux qui n'y ont point adhéré peuvent la repousser si on la leur oppose, et poursuivre leur paiement sur les biens abandonnés.

Et dans le cas même où la cession serait avec transport de propriété des biens abandonnés, au profit des créanciers qui l'ont acceptée, cas dans lequel elle aurait plutôt les caractères d'une dation en paiement que ceux d'une cession de biens pro-

prement dite, les créanciers qui n'ont pas voulu l'accepter pourraient l'attaquer comme faisant fraude à leurs droits (art. 1167), quoiqu'en général une dation en paiement faite à un créancier ne puisse être attaquée par les autres, sauf leurs droits d'hypothèques sur les biens donnés en paiement, s'ils en ont; car cet abandon de tous les biens à quelques-uns des créanciers seulement, ou même au plus grand nombre, lèse évidemment les droits des autres, qui ont compté et dû compter sur ces mêmes biens comme sur un gage commun pour tous. (Article 2093.)

244. Du reste, la cession volontaire peut avoir lieu de la part de tout débiteur, commerçant ou non, contraignable par corps ou non, apte ou non à jouir du bénéfice de la cession judiciaire, parce qu'elle n'est rien autre chose qu'un simple arrangement entre les créanciers et le débiteur.

Si elle n'est qu'un abandon pur et simple, accepté par tous les créanciers, et de tous les biens, elle ne leur en transfère point la propriété, elle leur donne seulement le droit de les faire vendre pour être payés sur le prix. Aussi n'est-elle point sujette au droit proportionnel, mais bien à un simple droit fixe de 5 fr. (art. 264 de la loi du 22 frimaire an VII). Le droit proportionnel sera perçu lors de la vente faite par les créanciers en direction.

D'où il suit que les créanciers particuliers de ceux à qui l'abandon est fait, ne peuvent que saisir le

prix de vente, en sous-ordre, et non prendre hypothèque sur les biens abandonnés.

Les créanciers du débiteur sont censés constitués, par la cession, *procuratores in rem suam* pour faire vendre les biens, et en conséquence leur mandat est irrévocable, à moins toutefois que le débiteur n'ait, par quelque coup de fortune, acquis les moyens de les désintéresser complètement, auquel cas il peut empêcher la vente. Le mandat comprend tacitement cette condition résolutoire; *cessante causâ, cessat effectus.*

La vente des biens a lieu comme dans le cas de cession judiciaire, c'est-à-dire par les créanciers agissant en direction, à moins que l'acte de cession ne contienne clause contraire. (Même art. 264, et art. 1267 Code civil, combinés.)

245. Lorsque la cession est consentie aux fins que les créanciers deviennent propriétaires des biens abandonnés, alors ils peuvent, d'un commun accord, en disposer comme ils l'entendront; leurs propres créanciers peuvent même prendre inscription sur les biens abandonnés, avant que leurs débiteurs aient fait cesser leur communauté (art. 2122, 2123 et autres); sauf, dans le cas de partage, ou de licitation, l'application des art. 883 et 1872 combinés(1).

246. L'abandon, pour être une cession de biens proprement dite, doit être de tous les biens (arti-

---

(1) *Voyez* tome VII, n° 513 et suivans.

cle 1265); le débiteur ne doit s'en réserver aucun, si ce n'est cependant les objets qni lui sont absolument indispensables, et qui, à ce titre, sont déclarés insaisissables par les art. 581 et 592, n° 2, jusqu'au n° 8 inclusivement, du Code de procédure. Aurtement l'abandon aurait le caractère et les effets d'une dation en paiement, serait, par cela même, translatif de propriété, et, comme tel, soumis au droit proportionnel, à moins cependant qu'il ne fût dit dans l'acte qu'il ne vaut en faveur des créanciers que comme procuration irrévocable à l'effet de vendre les objets abandonnés pour être payés sur le produit.

Et si le débiteur n'avait pas déclaré tous ses biens, s'il avait sciemment omis de comprendre dans l'état de son actif des effets mobiliers ou des créances de quelque valeur, les créanciers pourraient, suivant les circonstances, faire prononcer la nullité du traité pour cause de fraude, surtout si les objets non déclarés et découverts ne leur étaient pas remis.

Il faut aussi, pour que l'abandon soit une véritable cession de biens, qu'il soit fait au profit de tous les créanciers indistinctement.

247. Dans le cas d'une cession volontaire proprement dite, le débiteur ne peut plus être poursuivi pour ses dettes existantes au moment de la cession, à moins que les créanciers n'aient fait des réserves.

Mais s'ils n'en ont fait aucune, le débiteur n'est

pas tenu de leur abandonner, jusqu'à concurrence de ce dont ils n'ont point été payés, les biens qu'il viendrait à acquérir par la suite. Dans les anciens principes, où les contrats de cession et d'atter-moiement consentis par la majorité des créanciers réunissant la plus grande partie des sommes dues, étaient obligatoires aussi pour la minorité, dans le cas où le débiteur n'était point négociant comme dans celui où il l'était, on décidait, il est vrai, que s'il venait à acquérir de nouveaux biens par la suite, il était obligé de les abandonner à ses créanciers, jusqu'à parfait paiement; et c'est ce qui a encore lieu dans le cas de la cession judiciaire (art. 1270). Mais aujourd'hui que la cession volontaire n'est obligatoire que pour ceux qui l'ont acceptée, elle a, sauf les réserves, les caractères d'une remise ou décharge conventionnelle pour l'excédant de ce que les créanciers retireront des biens abandonnés. Cette décharge n'est sans doute pas, comme une remise ordinaire, consentie en vue de gratifier le débiteur, elle l'est en considération de sa position, et pour tirer le meilleur parti des créances; mais elle est toutefois moins forcée que dans le cas d'un concordat fait avec un commerçant failli, puisqu'il faut, pour que le traité soit obligatoire pour tous les créanciers, que tous y donnent leur consentement, et que rien n'empêchait d'ailleurs ceux-ci de faire leurs réserves, la cession n'ayant que les effets résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur (art. 1265) : d'où nous

concluons qu'elle a les véritables caractères d'une remise ou décharge conventionnelle, et qu'elle doit en produire les effets.

248. C'est d'après ces motifs, que nous pensons aussi que, à la différence du cas où il s'agirait d'un concordat, les codébiteurs solidaires sont libérés par le traité, si les créanciers n'ont point réservé leurs droits contre eux; car, d'après 1285, la remise ou décharge cenventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers; et dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise (1).

249. Par la même raison, et toujours hors le cas d'un concordat fait avec un commerçant failli, l'acceptation pure et simple de la cession par les créanciers, libère les cautions, conformément à l'art. 1287. En effet, si le débiteur ne peut plus être poursuivi, c'est parce que le traité opère à son profit une remise ou décharge conventionnelle, au moyen des biens abandonnés; or, la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions. Mais comme le traité n'a que les effets mêmes des stipulations intervenues entre le débiteur et ses créanciers, si ceux-ci ont

(1) *Voyez* ce qui a été dit sur ce cas et sur celui d'un concordat fait avec un commerçant, tome précédent, n[os] 225 et 226.

fait réserve de leurs droits contre les cautions pour l'excédant des créances sur la valeur des biens abandonnés, ils peuvent encore agir contre elle; sauf aux cautions à user du bénéfice de discussion, si elles n'y ont pas renoncé, mais à la charge pour elles d'en remplir les conditions.

Art. II.

De la cession judiciaire.

250. La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde à un débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire (art. 1268).

251. Cette cession est d'un fréquent usage parmi les commerçans, parce qu'ils sont contraignables par corps à raison de leurs actes et faits de commerce; mais elle est fort rare parmi les non commerçans, attendu que la contrainte par corps ne peut être prononcée contre eux que dans un très petit nombre de cas, ainsi qu'on peut le voir au titre *de la contrainte par corps en matière civile*, et que le bénéfice de cession leur est refusé dans la plupart de ces mêmes cas, par l'art. 905 du Code de procédure. Mais un fermier, par exemple, qui s'est obligé par corps au paiement des fermages, ou une caution judiciaire qui s'est soumise à la contrainte, ne sont point exclus du bénéfice de

cession ; et l'art. 126 du Code de procédure laissant à la prudence des juges de prononcer la contrainte pour dommages-intérêts en matière civile, au-dessus de la somme de trois cents francs, ceux contre lesquels elle a été prononcée pour cette cause peuvent aussi invoquer le bénéfice de cession, s'ils ne sont pas d'ailleurs du nombre des personnes auquelles la loi l'a refusé.

252. Au surplus, la règle est que les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi (art. 1270). Nous verrons tout-à-l'heure quels sont ces cas.

253. La cession judiciaire ne confère point la propriété des biens du débiteur aux créanciers ; elle leur donne seulement le droit de les faire vendre à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente (art. 1269). Elle n'est soumise qu'au droit fixe de cinq francs (art. 264 de la loi du 22 frimaire an VII).

254. Elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés ; et dans le cas où ils seraient insuffisans, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'à parfait paiement (art. 1270).

255. Elle opère la décharge de la contrainte par corps (*ibid*) ; et c'est là le seul effet qu'elle produise en faveur du débiteur. Elle en produit plusieurs contre lui, ainsi qu'on le verra plus bas.

256. Elle n'empêche point par conséquent un créancier de poursuivre les codébiteurs solidaires pour toute la dette, tant qu'il n'est pas réellement payé pour une partie ; car les poursuites dirigées contre l'un des codébiteurs n'empêchent point le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres (art. 1204), ou de différentes. Les codébiteurs poursuivis nonobstant la cession, ne pourraient pas prétendre que le créancier doit surseoir à ses poursuites contre eux jusqu'à la liquidation de ce qu'il aura à retirer des biens de celui qui a fait cession ; il peut se faire payer par eux dès l'échéance de leur obligation, et ils le remplaceront, par l'effet de la subrogation, pour la part que doit supporter le codébiteur qui a fait la cession.

257. Les créanciers dont la créance est garantie par un cautionnement peuvent aussi poursuivre les cautions qui leur ont été données ; mais la cession n'est point un obstacle absolu à ce que la caution qui n'a point renoncé au bénéfice de discussion puisse l'invoquer, quoiqu'elle puisse d'ailleurs en entraver plus ou moins l'exercice. La loi ne dit point que la caution est privée de ce bénéfice par cela seul que le débiteur a fait cession : les biens de celui-ci ne sont pas par là rendus litigieux, et les droits qu'ont les autres créanciers d'être payés aussi sur le produit de ces mêmes biens, diminuent seulement la somme qu'aura à retirer du dividende commun celui à qui ce bénéfice est opposé. Il peut

sans doute résulter des retards de la vente faite en direction, et même des difficultés dans plus d'un cas pour connaître ce qui doit revenir au créancier sur le produit des biens indiqués, mais ce n'est point une raison suffisante pour priver la caution d'un droit que la loi lui accordait, et qu'elle ne lui a retiré par aucune de ses dispositions.

La caution prend la place du créancier pour ce qu'elle a payé, et elle vient avec les autres créanciers sur le dividende commun, mais sans pouvoir concourir avec celui qui n'a reçu d'elle qu'un paiement partiel (art. 1252); c'est ce qui a été expliqué plus haut sur la subrogation.

258. Dans la cession judiciaire aussi, le débiteur n'est point obligé d'abandonner les objets qui sont indispensables au soutien de son existence, et qui, pour cette cause, sont déclarés insaisissables par les art. 581 et 592, n° 2, jusqu'au n° 8 inclusivement, du Code de procédure. Il ne doit pas être contraint d'abandonner ce qu'on ne pouvait saisir sur lui.

259 Il peut même demander à ses créanciers qu'ils lui laissent quelque chose à titre de secours, et en ce cas de refus de leur part, les tribunaux peuvent le lui accorder. La quotité en serait réglée en proportion de l'étendue et des besoins de sa famille, de sa bonne foi, et du plus ou moins de perte qu'il ferait supporter à ses créanciers. Ce droit est réservé aux commerçans faillis par l'art. 530 du Code de commerce; et comme c'est une disposition d'hu-

manité, il est juste de l'admettre également en matière civile.

260. Le débiteur qui invoque le bénéfice de la cession judiciaire doit justifier des conditions sous lesquelles la loi l'accorde aux débiteurs; or, elle ne l'accorde qu'aux débiteurs malheureux et de bonne foi. Il faut donc que celui qui invoque ce bénéfice, prouve des malheurs et sa bonne foi. La bonne foi, il est vrai, est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver (art. 1116 et 2268); mais cette règle n'est point applicable à celui qui avait des obligations à remplir et qui ne les a point remplies; alors c'est à lui de prouver pourquoi il ne l'a pas fait; voilà pourquoi celui qui est débiteur d'un corps certain et qui allègue pour sa libération la perte de ce corps, est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue (art. 1302). L'art. 1147 est conçu dans le même esprit, en disant que le débiteur doit être condamné aux dommages-intérêts en cas d'inexécution de son engagement, toutes les fois qu'il ne justifie pas que cette inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. D'ailleurs, les malheurs ne se présument pas non plus; c'est donc au débiteur qui en allègue pour pouvoir jouir du bénéfice de cession, à prouver ses allégations à cet égard; sauf aux créanciers à combattre ces allégations s'ils ne les croient pas sincères, et s'ils craignent d'ailleurs

qu'elles ne fassent quelque impression sur l'esprit des magistrats.

261. Le débiteur qui réclame la cession judiciaire est tenu, à cet effet, de déposer au greffe du tribunal où la demande est portée, son bilan, ses livres, s'il en a, et ses titres actifs (art. 898 Code de procédure).

262. Il doit se pourvoir devant le tribunal de son domicile (art. 899, *ibid*).

263. Et ce tribunal, c'est le tribunal civil quand la contrainte par corps dont veut se libérer le débiteur a été prononcée en vertu du Code civil ou du Code de procédure, ou de tout autre loi civile : ce qui est démontré par l'art. 901 du Code de procédure, qui veut que le débiteur admis au bénéfice de cession soit tenu de *réitérer* sa cession en personne, et non par procureur, ses créanciers appelés, *à l'audience du tribunal de commerce* de son domicile, et s'il n'y en a pas, à la maison commune, un jour de séance. Or, si elle doit être réitérée au tribunal de commerce, c'est donc parce qu'elle a dû être faite d'abord au tribunal civil.

D'ailleurs, la demande doit être communiquée au ministère public (art. 900); ce qui suppose bien qu'elle doit être portée, quand il s'agit d'un non commerçant, devant le tribunal civil, puisqu'il n'y a pas de ministère public devant les tribunaux de commerce. Enfin, l'article 635-4° du Code de commerce porte que les tribunaux de commerce

connaîtront de la cession de biens faite par le failli *pour la partie qui en est attribuée aux tribunaux de commerce* par l'art. 901 du Code de procéd. civ.

264. Mais quand le débiteur est commerçant, le bilan doit être déposé au greffe du tribunal de commerce (art. 635-1° précité), et c'est devant ce tribunal que la demande à fin de cession est formée (art. 569, *ibid.*).

265. La demande ne suspend l'effet d'aucune poursuite, sauf aux juges à ordonner, parties appelées, qu'il sera sursis provisoirement (art. 900, Cod. de procéd.).

266. Si le débiteur est détenu, le jugement qui l'admet au bénéfice de cession ordonne son extraction, avec les précautions en tel cas requises et accoutumées, à l'effet de faire sa déclaration (article 902, *ibid.*).

267. Les noms, prénoms, profession et demeure du débiteur, doivent être inscrits dans un tableau public, à ce destiné, placé dans l'auditoire du tribunal de commerce de son domicile, ou du tribunal de première instance qui en fait les fonctions, et dans le lieu des séances de la maison commune (art. 903, *ibid.*).

268. Le jugement qui admet le débiteur au bénéfice de cession vaut pouvoir aux créanciers, à l'effet de faire vendre ses biens, meubles et im-

meubles; et il est procédé pour cette vente dans les formes prescrites pour les héritiers sous bénéfice d'inventaire (art. 904, *ibid.*).

269. La cession de biens judiciaire, avons-nous dit, ne produit qu'un seul effet au profit du débiteur, celui de le décharger de la contrainte par corps à raison des dettes qu'il avait alors; mais elle en produit plusieurs contre lui :

1° Elle suspend l'exercice des droits politiques, lors même que le débiteur ne serait point commerçant, parce que évidemment elle l'assimile à un commerçant en état de faillite; or, d'après l'article 5 de l'acte constitutionnel de l'an VIII, l'exercice des droits politiques ou civiques est suspendu par l'état de débiteur failli.

2° Elle rend exigibles les créances avec terme (article 1188). *Voy.* ce qui a été dit sur les dettes avec terme.

3° Si le débiteur est commerçant, il ne peut se présenter à la bourse, si ce n'est après avoir obtenu sa réhabilitation (art. 614, Cod. de comm.).

4° Et, commerçant ou non au moment de la cession, celui qui l'a faite ne peut exercer la profession d'agent de change ou de courtier, s'il n'a été préalablement réhabilité (art. 83, *ibid.*).

270. D'après l'art. 905 du Code de procédure civile, ne sont point admis au bénéfice de cession :

1° Les étrangers; car ce bénéfice est une insti-

tution du droit civil. Cependant il peut être réclamé par l'étranger appartenant à une nation avec laquelle il existerait des traités en vertu desquels les Français pourraient l'invoquer dans le pays de cet étranger (art. 11, Cod. civil). Il peut pareillement être réclamé par l'étranger admis par le roi à établir son domicile en France, pour y jouir des droits civils (art. 13).

2° Les stellionataires; le stellionat est un genre de fraude, celui qui le commet n'est donc pas de bonne foi; et il se pratique en vendant ou hypothéquant un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire, ou lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés (art. 2059).

3° Les banqueroutiers frauduleux. Ainsi le banqueroutier simple peut être admis à faire cession.

4° Les personnes condamnées pour cause de vol ou d'escroquerie.

5° Les personnes comptables, lorsqu'elles ont été condamnées par corps, en vertu du pouvoir discrétionnaire que l'art. 126 du Code de procédure confie aux tribunaux dans les cas qu'il énonce; car autrement le comptable n'aurait pas besoin du bénéfice de cession.

6° Les tuteurs, si pareillement la contrainte a été prononcée contre eux, en vertu de la même disposition.

7° Les administrateurs, dans le même cas.

Et 8° Les dépositaires. Mais à leur égard, il est besoin de quelques explications.

271. L'art. 2060-1° du Code civil prononce bien la contrainte par corps en matière de dépôt nécessaire, mais aucune disposition du titre *de la contrainte par corps* ne la prononce en matière de dépôt volontaire ou ordinaire; et l'art. 2063 porte que, hors les cas déterminés par les articles précédens (2059 et suiv.), ou qui pourraient l'être à l'avenir par une loi formelle, il est défendu à tout juge de prononcer la contrainte par corps.

D'un autre côté, l'art. 1945, placé sous la rubrique *du dépôt volontaire*, porte que le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession; ce qui suppose évidemment qu'on l'a régardé comme contraignable par corps, quoiqu'on n'ait pas ensuite parlé du dépositaire ordinaire ou volontaire au titre *de la contrainte par corps*.

Pour concilier le Code civil avec lui-même quant à ce point, il faut se rappeler que celui *des délits et des peines* de l'an IV, prononçait, comme le fait le Code pénal actuel, ou de 1810, la contrainte par corps contre les condamnés à des restitutions et à des dommages-intérêts pour crimes ou délits, et que l'abus de confiance en matière de dépôt était, comme aujourd'hui, un délit : en sorte que la disposition du Code civil qui interdit le bénéfice de cession au dépositaire (ordinaire) infidèle, recevait son application précise, quoique le même

Code n'ait point spécialement déclaré contraignable par corps le dépositaire volontaire, et qu'il ait même paru l'exempter de la contrainte, en la prononçant seulement contre le dépositaire *nécessaire.*

Et depuis la publication du Code de procédure, qui autorise par son article 126-1° les juges à prononcer la contrainte, en matière civile, pour dommages-intérêts au-dessus de 300 fr., cet art. 1945 du Code civil recevra parfaitement son application dans les cas où les tribunaux civils eux-mêmes la prononceront effectivement contre un dépositaire volontaire infidèle, pour dommages-intérêts au-dessus de cette somme.

Ainsi, l'art. 905 du Code de procédure, qui refuse le bénéfice de cession aux *dépositaires*, s'applique évidemment au dépositaire nécessaire, lequel toutefois ne peut être condamné par corps pour une somme moindre de 300 fr. (art. 2065, Cod. civ.). Il s'applique aussi au dépositaire volontaire infidèle condamné à des dommages-intérêts excédant la même somme; mais si ce dépositaire n'a point commis d'infidélité, qu'il n'y ait eu de sa part dans la garde du dépôt que négligence ou faute seulement, les juges pourront bien le condamner à des dommages-intérêts, mais, lors même que ces dommages-intérêts excéderaient 300 fr., ils ne devraient pas, en général, le condamner par corps, puisque la loi a évidemment voulu, quant à ce point, établir une différence entre le dépositaire ordinaire non infidèle et le dépositaire néces-

saire. Cependant s'ils le condamnaient par corps, en vertu de la disposition générale de l'art. 126 du Code de procédure déja citée, le dépositaire se trouvant par là placé sous la disposition littérale de l'art. 905 du même Code, il lui serait bien difficile de pouvoir réclamer le bénéfice de cession.

Toutefois, si un dépositaire même nécessaire, était personnellement étranger au fait de la soustraction ou de la perte du dépôt qui a eu lieu chez lui; si ce dépôt n'avait été détourné ou n'avait péri que par le fait d'un domestique ou d'une autre personne, dont le dépositaire était responsable, ce dernier, en admettant même qu'il fût condamné par corps aux dommages-intérêts excédant 300 fr., ce qui nous paraîtrait au surplus bien rigoureux, ne devrait pas être privé de la faculté de faire cession de biens.

272. Il faut remarquer qu'il n'y a pas que ceux qui ont la contrainte à exercer pour cause de vol ou d'escroquerie qui puissent s'opposer à la cession judiciaire; ceux qui ont à l'exercer contre le même individu pour d'autres causes, peuvent aussi s'opposer à ce qu'il fasse cession, quand bien même les premiers ne s'y opposeraient pas, ou auraient été désintéressés; car le fait de vol ou d'escroquerie est exclusif de la qualité de débiteur de bonne foi. Il en serait de même à l'égard d'un dépositaire infidèle et d'un stellionataire. Au lieu qu'un comptable ou un tuteur pourrait invoquer ce bénéfice vis-à-vis

d'autres personnes que celles à l'égard desquelles il est tenu comme tuteur ou comptable. Si ces dernières étaient désintéressées, ou si elles ne s'opposaient pas à la cession, le débiteur pourrait donc la faire.

SECTION II.

De la novation et de la délégation.

§ Ier.

De la novation.

SOMMAIRE.

273. *La novation est la substitution d'une nouvelle dette à une autre, qui par là se trouve éteinte.*
274. *Elle s'opère de trois manières : texte de l'article* 1271.
275. Quid *si l'objet de la première obligation était un corps certain qui avait péri par cas fortuit au moment de la seconde convention? distinction à faire.*
276. *Pour pouvoir faire novation d'une créance, il faut, en général, avoir le droit d'en toucher le paiement dans son propre intérêt.*
277. *Un tiers simplement indiqué pour recevoir le paiement n'a pas qualité pour faire novation.*
278. *Renvoi quant aux créanciers solidaires.*
279. *Les tuteurs ont, en général, qualité suffisante pour faire novation des simples obligations mobilières.*
280. *La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter; mais les personnes capables qui ont fait novation avec un incapable, ne peuvent se prévaloir de son incapacité.*
281. *Les femmes séparées de biens peuvent faire novation de leurs créances mobilières, sans avoir besoin pour cela d'être autorisées, et les mineurs émancipés, ainsi que les personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire,*

peuvent aussi faire novation de certaines créances, sans avoir besoin d'être assistés de leur curateur ou de leur conseil.

282. *L'incapacité du nouveau débiteur n'empêche pas la libération de l'ancien, sauf les réserves faites par le créancier.*

283. *La novation ne se présume pas : il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.*

284. *Droit romain, ancien et nouveau, et ancienne jurisprudence française sur ce point.*

285. *Cas où la novation a lieu entre les mêmes parties ; il faut que quelque chose différencie la nouvelle dette de l'ancienne.*

286. *Et toute différenee n'entraîne pas pour cela novation : divers exemples de changemens qui ne suffisent pas pour l'opérer.*

287. *Un vendeur d'immeubles qui reçoit des billets en paiement de son prix, en donnant quittance pure et simple de la vente, fait novation.*

288. *Le débiteur d'une somme, qui constitue une rente à son créancier pour cette somme, fait pareillement novation.*

289. *Mais le créancier d'une rente qui consent simplement à une réduction du taux des arrérages, pour éviter le remboursement, ne fait pas pour cela seul novation de son titre.*

290. *Un commerçant qui souscrit une obligation devant notaire à un autre commerçant, pour marchandises livrées, fait-il novation? distinction à faire.*

291. *En général, les clauses pénales n'emportent point novation.*

292. *Les dations en paiement l'emportent généralement.*

293. *On peut nover toute espèce d'obligation, et même faire d'une obligation naturelle le fondement d'une obligation civile.*

294. *Des obligations susceptibles d'être annulées ou rescindées pour incapacité, violence, dol ou erreur, peuvent non seulement être confirmées, mais encore être transformées en d'autres obligations régulières par la voie de la novation.*

295. *Mais cela ne peut avoir lieu à l'égard d'une obligation sans*

309. *Mais il n'est pas de rigueur que le créancier ait expressément déclaré qu'il entendait décharger l'ancien; il suffit que sa volonté à cet égard résulte clairement de l'acte.*

310. *Les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.*

311. *Mais peuvent-ils être reservés sur les biens de l'ancien? Silence du Code à cet égard: oui, selon l'auteur, contrairement au sentiment de Pothier.*

312. *Cas de la novation opérée par la substitution d'un nouveau créancier, envers lequel s'oblige le débiteur pour être déchargé à l'égard de l'ancien.*

313. *Il faut donc le consentement du débiteur, à la différence de la cession d'action, qui, loin d'emporter novation, emporte au contraire subrogation aux priviléges, hypothèques et cautionnemens.*

314. *Il y a aussi novation par changement de créancier, dans la délégation faite avec décharge du délégué par le délégant.*

315. *La simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui, n'emporte point novation, ni, en général, cession d'action.*

316. *Par la novation, la dette est éteinte, ainsi que les priviléges et hypothèques, sauf l'effet des réserves de ces sûretés pour la nouvelle dette.*

317. *Les codébiteurs et les cautions sont libérés, sauf aussi l'effet de la réserve de leur accession au nouvel engagement.*

Art. Ier.

Ce qu'est la novation, et de combien de manières elle s'opère.

273. La novation est la substitution d'une nouvelle dette à une autre, qui se trouve éteinte au moyen de celle qui lui est substituée : *Novatio enim*

A NOVO *nomen accepit*, *et* A NOVA *obligatione*. L. 1, ff. *de novationibus et delegationibus*.

Elle s'opérait dans le droit romain par une stipulation, mais chez nous, où la formalité de la stipulation n'est point en usage, de quelque manière que se fasse la nouvelle convention, la novation a lieu, si l'intention des parties à l'effet de l'opérer résulte clairement de l'acte. (Pothier, n° 593)

274. Elle s'opère de trois manières :

1° Entre les mêmes personnes, lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette, qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier ;

3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. (Article 1271.)

Dans le second cas, la novation s'opère tantôt au moyen d'une délégation, tantôt sans délégation. C'est ce que nous expliquerons plus loin.

275. Puisque la novation est la substitution d'une nouvelle dette à une précédente, il est clair que si celle-ci consistait en un corps certain qui se trouvait avoir péri par cas fortuit au moment de la seconde convention, et sans que le débiteur fût alors en demeure, il n'y aurait pas de novation, puisqu'il n'y avait plus de dette, le débiteur étant

libéré par la perte de la chose arrivée sans sa faute et avant qu'il fût en demeure. (Art. 1302).

Il en serait autrement si le débiteur avait pris sur lui des cas fortuits, ou s'il était en demeure d'exécuter la première dette lors de la seconde convention, parce qu'alors les dommages-intérêts dus pour la demeure auraient remplacé la chose qui était venue à périr.

Art. II.

Entre quelles personnes peut s'opérer la novation.

276. Pour pouvoir faire novation d'une créance, il faut, en général, avoir le droit d'en toucher le paiement dans son propre intérêt, soit comme créancier, soit comme exerçant les droits du créancier, tel qu'un cessionnaire, ou le mari à l'égard des créances de sa femme dans certains cas.

277. De là, un tiers simplement indiqué pour recevoir le paiement n'a pas qualité pour faire novation de la créance (1).

278. Quant aux créanciers solidaires, *voyez* ce qui a été dit, tome précédent, n° 175 et suiv.

279. Pour les tuteurs, ils ont, en général, qualité pour faire novation des créances et des dettes mobilières, sauf à répondre du tort que leur faute pourrait causer aux mineurs; car le tuteur repré-

(1) L. 27, *princip.* ff. *de pactis.*

sente le mineur dans tous les actes civils (art. 450); il reçoit les paiemens sans avoir besoin d'une autorisation du conseil de famille, et la loi ne lui interdit point de faire une novation de sa propre autorité.

280. La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter. (Art. 1272.)

Mais ce principe doit se combiner avec celui que consacre l'art. 1125, qui porte que ceux qui sont capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée non autorisée, avec lesquels ils ont contracté. En sorte que si un incapable a fait novation de sa dette ou de sa créance, il pourra bien, s'il la juge désavantageuse pour lui, en demander la nullité, conformément aux règles sur l'incapacité des mineurs, des interdits et des femmes non autorisées, et en agissant, à cet égard, dans les délais fixés par l'art. 1304; mais l'autre partie ne le pourra pas. Si la nullité est prononcée, les choses seront remises dans leur état primitif.

281. De plus, les femmes séparées de biens peuvent valablement, sans avoir besoin d'être autorisées, faire novation de leurs créances mobilières, parce qu'elles peuvent en recevoir le paiement et en donner valable décharge, en un mot aliéner leur mobilier. (Art. 1449.)

Les mineurs émancipés et les individus placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire peuvent aussi, sans l'assistance du curateur ou du conseil, faire

valablement novation des créances dont ils peuvent toucher seuls le montant, comme provenant de leurs revenus : par exemple, pour fermages ou loyers.

282. Et si un incapable s'est obligé envers le créancier à la place du débiteur que ce dernier a déchargé, l'incapable ne sera bien tenu que suivant les règles qui régissent sa personne, mais le débiteur ne sera pas moins libéré ; car la novation peut s'opérer aussi bien par la substitution d'un incapable, que par la substitution d'une personne capable : c'est la faute du créancier de l'avoir agréé. Aussi les lois romaines décidaient-elles qu'elle peut s'opérer par l'obligation d'un pupille non autorisé de son tuteur. *Adeò ut interdùm, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur ; veluti, si id quod tu Titio debes, is à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit ; quo casu res amittitur.* § 3, *Instit. quib. modis tollit. oblig.*

Néanmoins, si le créancier avait mis à la novation la condition qu'elle n'aurait effet qu'autant que l'incapable ne reviendrait pas contre son engagement, la condition devrait s'accomplir pour que la novation eût lieu. L. 8, § 1, L. 14, ff. *de novat.*, et § 3, *Inst. hoc tit.* Mais cette condition ne serait pas sous-entendue.

ART. III.

La novation ne se présume pas.

283. Comme la novation a pour effet d'éteindre la dette, et par cela même les priviléges et les

hypothèques qui y sont attachés, et de libérer les cautions, elle ne se présume point : il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. (Art. 1273.)

284. Dans le droit romain antérieur à Justinien, on était très facile à admettre la novation ; mais cet Empereur décida, par la loi dernière au Code, tit. *de novationibus*, que désormais il n'y aurait novation qu'autant que les parties en seraient convenues expressément : *Nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem*, *et hoc expresserint quod secundam magis pro anterioribus elegerint.* Toutefois l'on ne s'est point rigoureusement attaché à la lettre de cette loi, ni dans notre ancienne jurisprudence (1), ni dans le Code; on s'est contenté d'établir en principe que la novation ne se présume pas, et que l'intention de l'opérer doit résulter clairement de l'acte. C'est donc un point laissé à la sagesse du juge, comme tout ce qui concerne l'interprétation des clauses d'un contrat et l'intention qui les a dictées; en sorte que sa décision sur ce point pourrait bien être réformée en appel comme un *mal jugé*, mais elle ne serait que difficilement l'objet d'une censure de la part de la Cour de cassation.

---

(1) D'Argentré, sur l'article 273 de l'ancienne coutume de Bretagne ; Pothier, *des obligations*, n° 594.

Art. IV.

Du cas où la novation a lieu entre les mêmes parties.

285. Quand la novation a lieu entre les mêmes parties, il est nécessaire, pour qu'elle s'opère, que la nouvelle dette diffère en quelque chose de la première : comme lorsque celle-ci est d'un objet déterminé et que celle-là est alternative, ou *vice versâ;* ou lorsqu'il y a quelque chose de différent sur le lieu ou sur les sûretés, par exemple si la première dette est avec hypothèque, gage ou cautionnement, et que la seconde soit sans ces accessoires; *vel vice versâ* (1). Car, si la seconde convention est en tout point la même que la première, il est clair que ce n'est pas là une nouvelle dette, mais bien seulement la *reconnaissance* d'une dette, reconnaissance assurément fort utile, en ce qu'elle interrompt la prescription (art. 2248), mais par cela même ce n'est point une novation. La reconnaissance aurait aussi ce puissant effet, que s'il s'agissait de l'une de ces dettes mentionnées dans les art. 2271, 2272 et 2273, il n'y aurait plus lieu qu'à la prescription ordinaire de trente ans, qui commencerait à courir seulement du jour de la reconnaissance. (Articles 2274 et 2262 analysés et combinés.)

La nouvelle dette, au surplus, pourrait être une

---

(1) *Sed si eadem persona sit, à quâ posteà stipuleris, ita demùm novatio sit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, fortè si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur,* § 3, *Instit. de novat.*

seconde obligation indépendante de la première, quoiqu'elle lui fût parfaitement semblable, si elle avait sa cause ailleurs que dans celle-ci. L. 2, ff. *de novationibus*.

286. Mais de ce que la seconde convention contiendrait quelque chose de différent de la première, il n'en faut pas pour cela inférer novation, si les parties ne s'en sont point expliquées, ou si les changemens ne sont pas tellement importans qu'il soit évident que leur intention a été d'éteindre l'obligation alors existante, et de lui en substituer une nouvelle. Si cette volonté n'apparaît pas clairement, le nouvel acte doit être considéré comme une simple reconnaissance de la première obligation, ou bien comme un acte par lequel on a voulu modifier, diminuer ou augmenter les effets de cette obligation sous quelque rapport, plutôt que comme un acte par lequel on aurait voulu l'éteindre entièrement et lui en substituer une nouvelle.

Ainsi, en thèse générale, la convention par laquelle le créancier accorde à son débiteur un terme pour le paiement, ou une prorogation du terme primitivement accordé;

Ou la faculté de payer à une autre personne que lui, lorsque cette faculté n'est qu'une simple indication;

Ou bien la simple indication d'un tiers pour payer à la place du débiteur;

Ou la simple faculté de payer une certaine chose à la place de celle qui est due;

Ou de payer une somme moindre ;

Ou l'obligation consentie par le débiteur de fournir une caution, ou de donner un gage ou une hypothèque ;

Ou, en sens inverse, la remise du cautionnement, de l'hypothèque ou du gage,

N'est pas considérée comme opérant par elle-même novation. Dans tous ces cas, et autres semblables, les modifications, diminutions ou augmentations qu'a subies l'obligation primitive par la nouvelle convention, ne suffisent point pour la faire présumer. Il faudrait quelque chose de plus important, dit Pothier, ou bien une déclaration expresse des parties.

287. Mais lorsqu'un vendeur d'immeubles reçoit des billets en paiement de son prix, et donne quittance pure et simple, il est clair qu'il fait novation de l'action *venditi*, et qu'il n'a plus de privilége comme vendeur. Il se contente de l'action résultant des billets, au cas où ils ne seraient pas acquittés.

Il en serait autrement si, en recevant ces billets, il ne donnait point quittance pure et simple du prix de vente, mais seulement une quittance conditionnelle, pour le cas où les billets seraient acquittés ; car la condition mise à une novation doit s'accomplir pour que la novation ait lieu. § 3, *Instit. quib. mod. toll. oblig.* Les billets, dans ce cas, seraient simplement considérés comme un

mode plus avantageux au vendeur *ad pretium recipiendum, et utilitatis commercii sui causâ.*

288. La question de savoir si, lorsque par une convention entre le créancier d'une somme et le débiteur, celui-ci constitue une rente perpétuelle, il s'opère novation, a vivement été agitée jadis. Pothier soutient l'affirmative, et il explique facilement la décision de deux arrêts (1), desquels on voulait inférer le contraire; mais il garde le silence sur un autre arrêt, du 10 mai 1633, rapporté par Bardet, tome II, liv. 2, et dont Denizart fait mention, v° *novation*, en renvoyant à l'acte de notoriété du Châtelet, du 6 octobre 1742. Il résulte de cet arrêt, dit Denizart, que l'hypothèque attachée à la première obligation subsiste toujours pour sûreté de la rente, quoiqu'il n'y ait point eu de réserve à ce sujet dans le contrat de constitution. Au lieu que Pothier, tout en convenant que le suffrage commun des auteurs est pour l'opinion qu'il n'y a pas novation, la reconnaît cependant, lors même que les parties auraient déclaré leur volonté de ne point l'opérer; parce qu'une protestation, dit-il, ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte; seulement, cette clause réserve les hypothèques, attendu qu'on peut, en les réservant, les faire passer à la nouvelle convention, tout en

(1) L'un, du 13 avril 1683, qui se trouve dans le *Journal du Palais*, tome II, édit. *in-folio;* et l'autre, du 5 septembre 1712, qui est au *Journal des audiences*, tome VI.

faisant novation, ce qui a été admis par le Code civil. (Art. 1278.)

Il est évident, en effet, que, lorsque d'une dette exigible, on fait une dette non exigible, pour laquelle il n'est plus dû désormais que des arrérages, on échange cette dette, on en détruit la nature. D'ailleurs, la constitution de la rente na pu s'opérer que par le paiement fictif de la somme primitivement due, et par la restitution également fictive de cette somme au débiteur comme prix de la rente : ces deux traditions supposées, imaginées *celeritatis causâ*, ont donc, l'une, éteint la première obligation, et l'autre servi de cause à la seconde, ce qui est bien le caractère essentiel et distinctif de la novation. Et pour le cas où, dans un contrat de vente d'immeubles moyennant une somme fixe, l'acheteur s'oblige à servir une rente à la place ou en acquit de cette somme, *voy. infrà*, n° 303.

289. Le parlement de Paris a jugé par arrêt du 6 mai 1687, dont Denizart fait aussi mention au mot *novation*, que le créancier d'une rente qui avait consenti la réduction du taux des arrérages pour éviter le remboursement autorisé par une loi, avait fait novation en ce qui concernait le garant. Mais nous n'apercevons pas le fondement d'une semblable décision; une créance simplement réduite, et surtout réduite forcément, ne cesse pas pour cela d'être la même créance. Dans ce système, il eût fallu, pour être conséquent, décider aussi que les

hypothèques s'étaient évanouies, comme elles s'évanouissent par la novation faite sans réserve, et cependant il paraît que l'arrêt prononça simplement qu'il y avait novation quant au garant.

290. La même Cour a encore jugé par arrêts du 9 mars 1736 et 5 avril 1737, rapportés pareillement par Denizart, au même endroit, qu'il y a novation quand un marchand prend une obligation notariée d'un autre marchand auquel il a vendu des marchandises, et que les tribunaux consulaires (de commerce) sont incompétens pour connaître de la dette, lors même que le défendeur a volontairement procédé devant eux.

Et il avait été aussi jugé, par arrêt du 3 septembre 1716, qu'un débiteur, souscripteur de billets pour marchandises reçues, et qui depuis avait passé obligation notariée de la somme due, à laquelle on avait joint les billets pour ne servir que d'une seule et même reconnaissance, n'était plus contraignable par corps, attendu qu'il ne devait être considéré depuis l'obligation passée devant notaire, que comme débiteur à ce titre seulement. En sorte qu'on a vu là une renonciation à la juridiction consulaire que comportaient les billets, et par conséquent une novation.

Nous ne saurions non plus nous ranger à cette dernière décision, car, puisque le créancier, loin d'avoir annulé les billets par un *acquit*, les avait joints à l'obligation notariée, il avait bien démon-

tré par là qu'il n'entendait point renoncer à l'action qui y était attachée. Il avait seulement voulu par cette obligation acquérir des sûretés de plus, avoir une hypothèque, que ne donnaient pas les billets ; mais celui qui cherche de nouvelles sûretés dans une nouvelle convention, ne doit pas facilement être présumé avoir voulu renoncer à celles qu'il avait déja ; et c'en était une importante, que la juridiction consulaire, qui entraînait la contrainte par corps.

291. Les clauses pénales n'étant convenues que pour assurer l'exécution des obligations (art. 1226), et ne leur faisant aucun préjudice (art. 1228), en général elles n'opèrent point novation : L. 71, ff. *pro socio ;* lors même qu'elles ont été convenues après coup ; L. 122, § 2, ff. *de verb. oblig.*

Il y a toutefois quelques exceptions à faire : comme dans le cas de la loi 44, § 6, ff. *de obligat. et act.*, que nous avons expliquée sur l'art. 1152, tom. X, n° 485, et tome précédent, n° 322 et suiv.; mais dans ce cas, ce n'est pas une véritable clause pénale.

292. Généralement, la dation en paiement acceptée purement et simplement par le créancier opère extinction de la créance, et substitue à l'action qui y était attachée, l'action *ex empto*, en cas d'éviction de la chose donnée en paiement : aussi la caution de la première obligation est-elle libérée, nonobstant l'éviction (art. 2038). *Voyez*, quant au

principe, et aux exceptions dont il est susceptible, ce qui a été dit plus haut sur *la dation en paiement*, n° 171.

293. Quelle que soit la cause de la première dette, que cette dette existe à raison d'un prêt, d'une vente, d'une donation, ou autre cause, peu importe, elle peut être éteinte par novation, et remplacée par une autre, parce quelle est une cause valable de la seconde obligation. Une dette simplement naturelle peut même servir de cause suffisante à une obligation civile et ordinaire, ainsi que nous l'avons dit en parlant de la *cause* des obligations (1). Par exemple, si un débiteur qui est tombé en faillite, et auquel ses créanciers ont fait par un concordat remise de cinquante pour cent de leurs créances, s'oblige ensuite à leur payer la partie remise, cette obligation est incontestablement valable : elle a pour cause et fondement la dette naturelle qui subsistait toujours pour cette partie.

Les créanciers n'auraient pu, sans doute, le poursuivre pour la quotité remise, lors même que ses facultés se seraient ensuite considérablement augmentées, à la différence du cas de la cession judiciaire; ils n'auraient même pu, s'ils étaient depuis devenus ses débiteurs, lui opposer la compensation à raison de cette même quotité; seulement, pour pouvoir obtenir sa réhabilitation, le débiteur était

---

(1) Tome X, n° 330. *Voyez* aussi la L. 1, § 1, ff. *de novat.*

tenu de justifier du paiement intégral de toutes les sommes par lui dues en principal, intérêts et frais (art. 605, Code de commerce); mais précisément cela prouve qu'il y avait encore dette naturelle pour la partie remise.

294. Nous avons dit aussi, au même volume, n° 345, que les obligations susceptibles d'être annulées ou rescindées pour quelque vice, comme l'erreur, la violence ou le dol, ou à raison de l'incapacité de l'obligé, peuvent, par la voie de la novation, servir de cause suffisante à des obligations valables; mais, à cet égard, il faut distinguer quel est la nature du second acte.

Si c'est simplement la même obligation, à laquelle on entend donner la force qui lui manquait, ce n'est alors qu'un acte confirmatif, et pour être valable, il doit réunir les conditions et les formalités voulues par l'art. 1338, ainsi que nous l'expliquerons ultérieurement.

Si, au contraire, le nouvel engagement diffère notablement du premier, soit sous le rapport de la chose promise, soit sous celui des accessoires les plus importans, de manière que l'intention des parties d'avoir voulu faire novation de la première obligation ne soit pas douteuse, alors il y aura réellement novation, quoiqu'elles n'aient point rempli ces mêmes formalités, parce que la première dette sera considérée comme cause et fondement de la seconde, et sera éteinte au moyen de celle-ci.

295. Mais une promesse qui n'a aucune cause quelconque, ou qui n'a eu qu'une cause immorale ou honteuse, ne pourrait servir de cause valable à une autre obligation par la voie de la novation; car toute novation suppose deux obligations, et la promesse qui n'a aucune cause ou qui en a une contraire à la morale, n'est point une obligation : aussi n'est-elle pas susceptible d'être confirmée, parce que ce serait confirmer le néant ou une chose honteuse. Voyez ce que nous avons dit au tome X, sur la *cause* des obligations, nº 371 et suiv.

296. De ce que toute novation suppose une première dette, il suit que si cette dette est conditionnelle, il n'y aura, en principe, novation qu'autant que la condition se réalisera; car la condition manquant, il n'y a point de première obligation (art. 1168 et 1181), et par conséquent point de cause au second engagement. L. 8, § 1, et L. 14, ff. *de novat.* Comme, *vice versâ*, si la seconde obligation est conditionnelle, il faut que la condition s'accomplisse pour qu'il y ait novation, parce que cela est nécessaire pour qu'il y ait une seconde obligation. Mêmes lois et § 3, *Instit. quib. mod. toll. oblig.* Tel est le principe; nous allons voir les modifications qu'il peut subir à raison de la volonté des parties.

297. Si donc, dans le premier cas, l'objet de l'obligation était un corps certain qui fût venu à périr par la faute du débiteur pendant que la condition mise à la première convention était encore en sus-

pens, les dommages-intérêts tiendraient bien lieu de la chose, et si la condition venait à s'accomplir ensuite, ces dommages-intérêts seraient dus en vertu de la seconde convention; mais si elle manquait, il n'y aurait point de dette, et par conséquent point de dommages-intérêts à payer.

Et si la chose périssait par cas fortuit, comme le débiteur serait libéré de la première obligation par cet événement, lors même que la condition viendrait ensuite à s'accomplir, car il ne peut y avoir de dette sans un objet, ou pour mieux dire, comme il n'y aurait pas eu d'obligation faute d'objet, il n'y aurait point non plus de novation, et par cela même rien à payer en vertu du second engagement, pas plus qu'en vertu du premier.

298. Dans la seconde hypothèse, d'une dette pure novée sous une condition, si le débiteur était en demeure d'exécuter la première convention, la demeure serait purgée par la seconde, lors même que l'objet de l'une et de l'autre convention serait venu à périr pendant que la condition mise à la seconde obligation était en suspens, ce qui aurait cependant empêché que la novation ne se réalisât. Car, dit le jurisconsulte Marcellus, dans la Loi 72, § 1, ff. *de solut.*, il serait absurde de ne pas regarder comme ayant purgé la demeure, celui qui a promis la chose depuis qu'il était en demeure. Il doit être assimilé à celui qui, étant d'abord en demeure, a ensuite offert la chose. Il paraît toutefois que Vénuleïus était

d'un sentiment contraire, comme on peut le voir dans la loi 31, *princip.* ff. *de novat.*

A plus forte raison, si la seconde convention était pareillement pure et simple, la demeure en laquelle était constitué le débiteur d'exécuter la première a-t-elle été purgée par la nouvelle; en sorte que les cas fortuits qui étaient à sa charge par l'effet de sa demeure, ont été mis à la charge du créancier par l'effet de cette dernière convention. L. 8, *princip.* ff. *hoc tit.*

299. Nous venons de dire que, lorsque l'on a substitué à une dette pure, une obligation sous condition, il n'y a novation qu'autant que la condition vient à s'accomplir, et par conséquent que le débiteur n'est libéré de son premier engagement qu'autant que l'événement se réalise; toutefois, quant à la libération du débiteur, elle pourra résulter, sinon d'une novation proprement dite, du moins d'une remise tacite, dans le cas, au contraire, où la condition ne s'accomplirait pas. Gaïus le décide ainsi dans ses Institutes nouvellement découvertes; mais cela doit être entendu du cas où la seconde convention, faite sous condition, est intervenue entre les mêmes parties, et lorsque l'objet de l'obligation est le même que celui de la première : alors l'inaccomplissement de la condition empêche bien qu'il n'y ait novation, d'après les principes exposés ci-dessus, mais si le créancier demande la chose en vertu de la première promesse, le débiteur peut le repousser par l'excep-

tion tirée d'une remise tacite qui lui a été faite par la seconde convention, convention obligatoire pour le débiteur seulement dans le cas où la condition qui y a été apposée se réaliserait; car le créancier n'a évidemment entendu pouvoir demander la chose qu'autant que cette condition s'accomplirait, puisqu'il ne l'a stipulée une seconde fois que sous cette condition; autrement elle n'aurait aucun effet.

Mais cela ne peut se dire également lorsque la seconde convention est faite avec un nouveau débiteur, ou un nouveau créancier, qui prend la place du premier, ou lorsque, intervenue entre les mêmes parties, l'objet de l'obligation n'est pas le même; alors la condition mise à la seconde convention a un but évident, celui de ne dégager le débiteur de son obligation qu'autant que l'événement prévu se réaliserait, afin que la seconde convention ait elle-même effet. Si donc la condition manque, comme cette seconde convention manque par cela même, on reste dans les termes de la première, dont on ne voulait sortir qu'en considération de la seconde.

300. Au surplus, si, dans le cas même d'une seconde convention entre les mêmes parties, elles ont voulu traiter d'un droit conditionnel moyennant quelque chose de certain, ou de quelque droit certain moyennant quelque chose de conditionnel, leur intention devra s'exécuter, quoique la condition, dans le premier ou dans le second cas, soit venu à manquer, et que, d'après cela il n'y ait

pas à proprement parler novation, selon les principes purs du droit. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que cette intention ne soit pas douteuse, et dans les cas où elle ne serait point clairement exprimée dans l'acte, on l'apprécierait, en général, par la comparaison de la valeur des choses qui formeraient l'objet de l'une et de l'autre obligations. Si ce qui serait promis purement et simplement par la seconde convention, valait évidemment beaucoup moins que ce qui était dû d'abord sous condition, on serait naturellement porté à croire que les parties ont entendu traiter d'un droit incertain moyennant quelque chose de certain, mais moins considérable; et au contraire, si ce qui a été promis par la seconde convention, faite sous condition, vaut beaucoup mieux que ce qui était dû purement et simplement, on jugera que les parties ont entendu faire une espèce de contrat aléatoire, traiter de quelque chose de certain pour un droit éventuel, mais ayant pour objet une chose de plus grande valeur.

301. Quoique la dette primitive soit avec terme fixe non échu, ou incertain, mais ne faisant pas condition (1), la novation n'a pas moins lieu sur-le-champ, si elle est pure et simple. L. 5 et L. 8, § 1, ff., *de novat.* Mais le créancier ne peut toute-

(1) Dans les legs, *dies incertus facit conditionem*, L. 75, ff. *de condit. et demonst.* Nous en avons parlé au tome IX, n° 292, et tome précédent, n° 14.

fois agir qu'à l'échéance du terme apposé à la seconde convention. Même loi 5.

302. S'il n'y a pas de terme, la loi 8 ci-dessus citée paraît décider que le créancier peut agir de suite, tandis que suivant la loi 47, ff. *de verb. oblig.*, si je stipule de vous que vous me paierez ce que vous devez me payer aux prochaines calendes, et que la stipulation ne contienne point de terme, celui de la première dette y est censé répété; et Barthole entend cependant cette loi du cas où la stipulation a été faite *animo novandi*, ce qui se supposait assez facilement dans le droit du Digeste. Quoi qu'il en soit, s'il y a réellement novation, si on la reconnaît et qu'il n'y ait point de terme stipulé dans la seconde convention, le créancier a le droit d'agir de suite, à moins que l'intention des parties n'ait été évidemment contraire; mais le terme de la première convention n'est pas censé répété dans la seconde, du moins dans notre droit; car la novation a généralement pour effet de faire disparaître entièrement la première dette, lorsque des réserves n'y ont pas été mises.

En sens inverse, si la première convention est sans terme, ou si le terme en est échu, on peut en apposer un à la seconde. Même loi 5.

303. Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait novation, que la première obligation ait précédé d'un certain temps la seconde, il suffit qu'elle l'ait

précédée d'un instant de raison : comme lorsque dans un contrat d'acquisition je fais intervenir un tiers qui s'oblige à payer le prix au vendeur qui déclare me décharger.

Et dans l'espèce de la loi 44, § 6, ff. *de obligat. et act.*, que nous avons eu occasion de citer plusieurs fois (1), il y a, non pas une novation proprement dite, mais une *quasi* novation, opérée, même entre le créancier et le débiteur seulement, dans le moment même du contrat.

Et dans le cas de vente d'un immeuble moyennant une somme de.... pour laquelle l'acheteur déclare constituer une rente perpétuelle de.... il y a aussi novation de l'action *venditi*, encore bien que la constitution et la vente ait eu lieu par un seul et même contrat. *Voy.* ce qui a été dit à ce sujet au tome IV, n° 147 et suivans.

Bien mieux, Ulpien, dans la loi 8, § 2, ff. *de novat.*, décide que si je stipule de Seïus, *animo novandi*, ce que je stipulerai de Titius à raison de telle ou telle cause, et que je stipule ensuite en effet de Titius, il y aura novation, et Seïus seul sera tenu : car, dit le jurisconsulte, *eodem tempore, et impleri prioris stipulationis conditionem, et novari; eoque jure utimur.*

304. Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance, porte l'art. 1278, ne passent point à celle

(1) Voyez *suprà*, n° 291.

qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

Alors ils conservent leur date primitive, et le créancier est substitué à lui-même, comme disent les lois romaines. L. 3, *princip.*, et L. 12, § 5, ff. *qui potiores.*

La dette primitive n'est point absolument éteinte: si elle l'est, en tant qu'elle ne produit plus d'action, elle existe encore comme *cause* de la nouvelle, ce qui a suffi pour qu'elle pût servir de fondement aux priviléges et hypothèques primitifs réservés pour sûreté du nouvel engagement, et à leur date primitive; ce qui répond à l'objection tirée de ce que ces priviléges et hypothèques se trouvent être antérieurs à la nouvelle obligation, contrairement aux principes, qui n'admettent pas que l'hypothèque, qui n'est qu'un accessoire, puisse subsister avant l'obligation principale. Mais ils ne peuvent, à l'égard des tiers, avoir des effets plus étendus que ceux qu'ils auraient eus pour la première obligation.

305. Suivant l'art. 1280, lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne *peuvent* être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette.

La raison qu'en donne Pothier (nº 599), c'est que les biens des codébiteurs ne peuvent être hypothéqués, sans leur consentement, à une dette qui

n'est plus la leur. D'abord, il est clair que cette raison n'est point applicable au cas où le créancier, en faisant la novation, réserve leur accession au nouvel engagement, et réserve aussi ses priviléges et hypothèques sur leurs biens; car, alors obligés à la nouvelle dette par leur accession, sans laquelle la novation ne s'opèrerait point (art. 1281), il doit pouvoir réserver ses hypothèques sur leurs biens, tout comme il peut les réserver sur ceux du débiteur avec lequel il fait la novation, puisque s'il l'eût faite avec tous, il eût pu incontestablement les réserver sur les biens de tous; or, la réserve de l'accession des codébiteurs fait qu'en réalité la novation se sera opérée avec tous, parce que la condition de l'accession une fois accomplie, elle aura un effet rétroactif (art. 1179).

Cela ne peut d'ailleurs faire aucun tort au tiers, attendu que les hypothèques ne s'exerceront toujours, quant à la nouvelle dette, que dans la mesure seulement de l'ancienne, tout de même que celles qui ont été réservées sur les biens de celui des débiteurs avec lequel le nouvel engagement a d'abord été conclu. Et en effet, l'accession des codébiteurs, stipulée comme condition de la novation, ne les obligera-t-elle pas comme si ce nouvel engagement avait été fait dès le principe avec tous, puisqu'ils doivent y accéder, sinon point de novation? Et si ce nouvel engagement eût été fait dès le principe avec tous, le créancier n'eût-il pas pu réserver sur leurs biens à tous, les hypothèques de la

première dette, puisqu'il peut le faire quand il fait le nouvel engagement avec l'un d'eux? Ces deux propositions sont incontestables : donc le créancier peut mettre à l'accession des codébiteurs, la condition aussi de la réserve de ses hypothèques sur leurs biens, sauf à eux à ne point accéder, mais alors à rester dans les termes du premier engagement. Aussi croyons-nous que ce point ne peut souffrir de difficulté, et que quand l'art. 1280 dit que les hypothèques *ne peuvent* être réservées que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette, il n'est point applicable au cas où les autres débiteurs doivent aussi la contracter par leur accession, réservée comme condition *sine quâ non* de la novation.

Et que l'on ne dise pas que, contrairement aux principes, ce sera là une hypothèque qui aura une date antérieure à celle du nouvel engagement contracté par les codébiteurs au moyen de leur accession, dont elle aura cependant pour objet d'assurer l'exécution; car nous répondrions que celle réservée sur les biens du débiteur avec lequel la novation a été faite, aura bien aussi une date antérieure à sa nouvelle obligation : or, le motif qui a fait admettre cette réserve à l'égard de ce débiteur, a la même force à l'égard des autres; on peut également, à l'égard de tous, considérer la dette primitive comme n'étant point absolument éteinte, au moyen de la réserve de l'accession et des hypothèques, et cela suffit pour qu'elle puisse servir de

fondement à ces mêmes hypothèques, comme elle sert de fondement à celles qui ont été réservées sur les biens du débiteur avec lequel la seconde convention a eu lieu.

Nous en disons autant du cas où la caution aurait elle-même donné une hypothèque sur ses biens, et que le créancier, en se réservant son accession, se serait réservé aussi son hypothèque pour sûreté de la nouvelle dette; sauf aussi à la caution à n'y point accéder si cela ne lui convient pas, mais alors à rester dans les termes de son premier engagement.

L'art. 1280 doit donc être entendu du cas seulement où le créancier, en faisant novation avec l'un des débiteurs solidaires, libère les autres entièrement, parce qu'il ne réserve point leur accession au nouvel engagement; et sa disposition, même ainsi restreinte, n'est point encore à l'abri de toute critique fondée; car, puisqu'on peut avoir hypothèque sur les biens de celui qui n'est point personnellement obligé, de celui qui l'a fournie pour la dette d'un autre (art. 2077), on ne voit réellement pas pourquoi le créancier n'a pas pu réserver les siennes sur les biens mêmes des débiteurs qu'il a libérés : il pouvait exiger leur accession au nouvel engagement, et, comme nous venons de le démontrer, réserver aussi ses hypothèques sur leurs biens; pourquoi donc n'a-t-il pu se borner à réserver simplement ses hypothèques? Qui peut le plus, peut le moins. La condition des codébiteurs n'est point altérée par la convention prise dans son en-

semble, loin de là, puisqu'ils sont libérés personnellement; et cependant elle devrait être prise en son entier ou être regardée totalement comme non avenue; or, ce dernier parti ne pourrait être d'aucun avantage aux codébiteurs. Leurs autres créanciers non plus n'éprouvent aucun préjudice de la condition mise à la novation; cela vient d'être démontré. Pothier, selon nous, a donc mal vu la chose; il s'est laissé entraîner par un principe vrai en général, mais dont il a fait une application fautive au cas dont il s'agit, et nous regrettons que les rédacteurs du Code aient consacré sa décision: elle pourra empêcher de faire une convention qui serait dans la convenance de toutes les parties intéressées.

ART. V.

De la novation opérée par la substitution d'un nouveau débiteur.

306. Voilà pour la novation opérée entre le créancier et le débiteur; voyons maintenant le cas où elle s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur.

Cette novation peut s'opérer sans le concours du premier débiteur (art. 1274); et en cela elle diffère de la délégation, dans laquelle, au contraire, le délégué est présenté par le débiteur lui-même, ainsi que le mot l'indique.

Le consentement du premier débiteur non seulement n'est point nécessaire, mais encore la no-

vation pourrait s'opérer malgré lui; car le tiers pourrait payer la dette nonobstant son opposition, ainsi que nous l'avons démontré plus haut (n° 18); or, si le créancier, au lieu du paiement, veut bien se contenter de l'obligation du tiers, le débiteur n'a point à y trouver à redire : *Liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim.* L. 8, § 5, *in fine*, ff. *de novat.* Seulement le nouveau débiteur n'aura de recours à exercer contre lui que d'après les distinctions établies précédemment au sujet du paiement fait par un tiers.

307. Mais aussi, d'un autre côté, quelle que soit la solvabilité de celui qui se présente, et quelles que fussent les sûretés qu'il offrît, le créancier n'est point obligé de l'agréer à la place de son débiteur; il ne pourrait être tenu que d'en recevoir le paiement.

308. Il faut, au surplus, bien distinguer dans quel esprit le tiers entend s'obliger, et dans quelle intention aussi le créancier accepte son engagement.

D'abord, la simple indication faite par le débiteur lui-même, d'un tiers qui doit payer à sa place, n'opère point novation (art. 1277).

Et lors même que c'est un tiers qui se présente au créancier sans être ni délégué ni indiqué par le débiteur, il importe aussi de voir dans quel esprit l'acte passé entre lui et le créancier a été conçu.

Si ce n'est que pour assurer davantage l'exécution de l'obligation du débiteur, ce n'est là qu'un

cas de garantie, de cautionnement, d'*adpromission*, pour employer le langage des docteurs. Mais si c'est aux fins que le débiteur soit libéré, c'est là une novation, une *expromission* : *Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causâ hoc fiat. Si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente, alter liberatur.* L. 8, § 5, ff. *de novat.*, précitée.

309. Toutefois, il n'est pas absolument nécessaire, pour qu'il y ait novation, comme paraît le vouloir l'art. 1275 en matière de délégation, c'est-à-dire lorsque le tiers est présenté par le débiteur lui-même, que le créancier ait déclaré expressément qu'il entendait décharger son débiteur; il suffit que sa volonté à cet égard ne soit pas douteuse, qu'elle résulte clairement de l'acte. En effet, l'article 1273, qui porte que la novation ne se présume point, qu'il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte, mais qui par cela même n'exige rien autre chose, s'applique aux trois manières d'après lesquelles elle s'opère suivant l'article 1271. Si la novation peut avoir lieu entre les mêmes parties, encore qu'il n'y ait pas dans l'acte de déclaration expresse à cet égard, quand d'ailleurs la volonté de l'opérer résulte évidemment de l'acte, par une raison au moins égale on peut la reconnaître dans le cas de l'intervention d'un tiers agréé par le créancier, qui le connaît, lorsqu'à cette

circonstance il s'en joint d'autres qui ne permettent pas de douter non plus que ce créancier a entendu se contenter de l'obligation du tiers et décharger son débiteur, quoiqu'on ait omis d'en faire l'objet d'une déclaration expresse dans l'acte. Tout ce qu'on peut dire, c'est que la novation ne se présumera pas, qu'il faudra, pour qu'elle ait lieu, que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. Aussi Pothier (n° 594) dit-il que « l'acte par lequel le créancier « de Paul accepte l'obligation de Pierre, de payer « la somme de mille livres, due par Paul, avec « cette déclaration que, *pour faire plaisir à Paul,* « *il se contente de la présente obligation de Pierre*, « doit faire supposer dans le créancier la volonté « d'avoir voulu faire novation, quoiqu'il n'ait pas « déclaré expressément qu'il entendait décharger « son débiteur. » Ces mots, en effet, *je me contente de la présente obligation*, témoignent évidemment qu'il a entendu s'en contenter à la place de celle du débiteur, et libérer celui-ci.

310. Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur (art. 1279).

Cela est parfaitement raisonnable, autrement les créanciers de ce nouveau débiteur souffriraient de la novation. Ce débiteur peut bien consentir des hypothèques pour sûreté de l'obligation qu'il prend

sur lui, en remplissant les conditions à cet effet, mais ces hypothèques ne seront pas celles qui étaient attachées à la créance primitive et qui affectaient les biens de l'ancien débiteur; pour celles-ci, elles sont éteintes par la novation.

311. Mais le Code est muet sur la question de savoir si le créancier, en faisant la novation avec un nouveau débiteur, peut réserver ses hypothèques sur les biens de l'ancien, pour sûreté de l'exécution de la nouvelle obligation, en faisant de cette réserve une condition expresse de la novation.

Pothier (nº 599) admettait bien que, lorsque l'ancien débiteur intervient dans le contrat par lequel un nouveau débiteur prend sur lui la dette du premier par voie de novation, le créancier peut se réserver ses hypothèques sur les biens de celui-ci, telles qu'il les avait; mais il n'admettait pas la validité de cette réserve faite sans le consentement du débiteur, propriétaire des biens hypothéqués. A cet égard il cite la loi 30, ff. *de novat.*, ainsi conçue : *Paulus respondit : Si creditor à Sempronio, animo novandi stipulatus esset, ita ut à primâ obligatione discederetur, rursùm easdem res à posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris, obligari non posse.* La raison de cette décision est la même que celle que donne Pothier sur le cas où la novation est faite avec l'un des débiteurs solidaires, cas dans lequel, dit-il, les hypothèques ne peuvent être réservées que sur les biens de celui qui contracte le

nouvel engagement, et non sur ceux des autres débiteurs, attendu que leurs biens ne peuvent être hypothéqués sans leur consentement pour une dette qui n'est plus la leur; mais puisque suivant Pothier lui-même, la novation faite sous condition n'a effet qu'autant que la condition est accomplie, on ne voit pas pourquoi celle dont il s'agit ne serait pas exécutée, à peine, quant à la novation, d'être réputée non avenue. Le créancier eût pu, sans le moindre doute, exiger, en la faisant, l'accession de l'ancien débiteur, tout aussi bien qu'il eût pu exiger celle d'un codébiteur solidaire ou d'une caution, car la raison est absolument la même; et en exigeant cette accession, il eût pu réserver aussi en même temps, ainsi que nous l'avons démontré précédemment, ses hypothèques sur les biens de ces mêmes codébiteurs ou cautions; or, pourquoi ne pourrait-il pas, tout en libérant son débiteur de son obligation personnelle, réserver les hypothèques qu'il a sur ses biens, comme condition *sine quâ non* de la novation, puisqu'il n'est pas de rigueur, pour que les biens d'un individu soient hypothéqués, qu'il soit lui-même personnellement tenu de la dette, un gage pouvant très bien être donné pour la dette d'autrui (art. 2077)? Nous avouerons que nous n'en voyons aucune raison solide; d'autant mieux que la position de ce débiteur et celle de ses créanciers n'en seront point aggravées, puisque les hypothèques n'auront pas plus d'étendue que pour la dette primitive, et que toutes les exceptions que l'on

aurait pu faire valoir contre cette obligation et qui auraient tendu à l'extinction ou à la diminution de ces hypothèques, pourront également être opposées sur l'action hypothécaire exercée pour l'exécution de la nouvelle dette. D'ailleurs, le silence du Code sur ce point est favorable à cette décision. On peut même dire que, puisque l'art. 1279 n'interdit seulement que la convention qui aurait pour objet de faire passer les priviléges et hypothèques de la créance primitive sur les biens du nouveau débiteur, c'est une preuve que l'intention des rédacteurs du Code n'a pas été également d'interdire celle par laquelle le créancier les réserverait sur les biens de l'ancien; car ils n'en ont pas parlé, et il n'en coûtait rien de le dire, d'autant mieux que ce point présentait plus de doute que celui sur lequel ils ont statué.

Art. VI.

De la novation opérée par la substitution d'un nouveau créancier.

312. La troisième manière d'opérer novation est lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. Tel est le cas où, voulant faire une libéralité à quelqu'un, ou lui ouvrir un crédit, j'engage mon débiteur, qui y consent, à s'obliger envers lui, moyennant quoi je le décharge envers moi.

313. Mais il faut qu'il y consente, sinon je pour-

rais seulement faire au tiers la cession de mes droits sur lui, et cette cession, loin d'opérer novation, conserverait au contraire la créance avec tous ses priviléges, hypothèques et cautionnemens (art. 1692). La loi 1[re] au Code, *de novat.*, fait clairement la distinction, en disant que pour qu'il y ait novation, il faut le consentement du débiteur à s'obliger envers le tiers, ou nouveau créancier, mais que son consentement n'est point du tout nécessaire pour la cession de mes droits sur lui.

Il importe donc, pour la conservation, au profit du nouveau créancier, des sûretés attachées à la créance, de prendre cette dernière voie, autrement ce créancier n'aurait que la simple obligation personnelle du débiteur.

314. Il y a aussi novation par changement de créancier dans le cas de délégation faite par un débiteur de son propre débiteur à son créancier, pour être tenu quitte envers lui, si le délégué s'oblige envers le créancier, et est déchargé par le délégant; car ce délégué a réellement changé de créancier, par l'effet de son nouvel engagement, ce qui rentre parfaitement dans le troisième cas de l'art. 1271. Il y a même deux dettes d'éteintes: celle du débiteur qui a fait la délégation envers son propre créancier, et celle de son débiteur envers lui.

315. Mais la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui n'opère point novation (art. 1277); elle n'opère

point non plus, en général, cession au profit du tiers désigné pour toucher simplement le montant de la créance.

Art. VII.

De l'effet de la novation.

316. Par la novation, la dette est éteinte, avec les priviléges et hypothèques, sauf, pour la nouvelle dette, l'effet des réserves dont nous avons parlé plus haut.

317. Et par la novation faite avec l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.

La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions.

Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel engagement. (Art. 1281.)

C'est la conséquence du principe que lorsque la convention par laquelle on fait la novation est sous une condition, la condition doit s'accomplir pour que la novation ait lieu. LL. 8 et 14, ff. *hoc tit.*

Mais, et sauf l'effet de la réserve de l'accession de la caution à la nouvelle obligation, cette caution ne serait pas moins libérée, soit que la novation eût lieu par un simple changement de dette

entre le même débiteur et le même créancier, soit qu'elle eût lieu par la substitution d'un nouveau débiteur, ou d'un nouveau créancier ; car il serait également vrai de dire, dans tous les cas, qu'elle a eu lieu *à l'égard du débiteur principal*, puisque, dans tous, il serait libéré de la dette remplacée par la nouvelle ; cette dette serait en effet éteinte dans les trois cas : or, c'était pour cette dette, et non pour une autre, que la caution s'était engagée.

§ II.

De la délégation.

SOMMAIRE.

318. *Définition de la délégation.*
319. *Il n'est pas nécessaire que le délégué soit débiteur du délégant.*
320. *Il faut le consentement du délégant, du délégué et du créancier à qui la délégation est faite.*
321. *Comment s'accepte la délégation, et quand elle produit son effet.*
322. *Texte de l'art.* 1275, *qui exige, pour que le délégant soit libéré, que son propre créancier ait déclaré expressément le décharger.*
323. *Ancien droit à cet égard.*
324. *Les termes de l'art.* 1275 *ne sont toutefois pas sacramentels.*
325. *Le créancier qui a déchargé son débiteur n'a point de recours à exercer contre lui, quoique le délégué devînt insolvable ; sauf réserve expresse, et sauf aussi le cas où le délégué se trouvait déja en faillite ouverte ou en déconfiture au temps de la delégation.*
326. *Cette dernière exception ne s'applique même que sous une distinction, au cas où un debiteur donne en paiement à son créancier sa créance sur un tiers.*

318. La délégation est l'acte par lequel un débiteur donne à son créancier, ou à quelqu'un désigné par celui-ci, une personne pour payer la dette à sa place. *Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui jusserit.* L. 11, *de novat.*

319. Il n'est pas nécessaire que le délégué soit débiteur du délégant, quoique cela soit ordinaire : je puis déléguer aussi à mon créancier celui qui veut bien me faire une libéralité ou m'ouvrir un crédit.

320. La délégation exige le concours de la volonté de celui qui délègue, du tiers délégué et du créancier à qui la délégation est faite.

Il faut la volonté du débiteur, soit que la délégation emporte ou non novation (art. 1275); tandis que la novation qui se forme par la substitution d'un nouveau débiteur, ou l'*expromission* proprement dite, peut s'opérer sans le consentement du débiteur déchargé (article 1274), et même malgré lui.

Il faut que le délégué s'oblige envers le créancier (1275), à la différence de la cession d'action, dans laquelle on ne requiert point le consentement du débiteur, L. 1, Cod. *hoc tit;* sauf au cessionnaire à lui signifier le transport pour être saisi à son égard et à l'égard des tiers. (Art. 1690.)

Enfin il faut le consentement du créancier : L. 6, Cod., *eod. tit.;* tellement que, lors même que le délégué serait infiniment plus solvable que le débiteur, le créancier ne serait point forcé de l'agréer, même sans donner décharge à ce dernier, et seulement pour suspendre ses poursuites contre lui; sauf au tiers à payer de suite la dette, s'il y a lieu.

Il n'est point nécessaire, au surplus, que le consentement du débiteur soit donné en même temps que celui du créancier et celui du tiers. Ainsi, si mon créancier stipule de mon débiteur qu'il lui paiera ce qu'il me doit, et à ma décharge, et que je ratifie ensuite, la délégation se formera de ce moment. L. 22, ff. *hoc tit.* De sorte que je serai

libéré par la novation, et mon débiteur le sera envers moi à raison de la délégation.

321. Ordinairement, ceux qui vendent des immeubles hypothéqués délèguent le prix de la vente aux créanciers hypothécaires; les acquéreurs mettent même souvent la condition qu'ils paieront à ces créanciers, afin de purger les hypothèques et de prévenir par là les difficultés et les évictions qu'elles pourraient faire naître.

Si les créanciers interviennent dans le contrat de vente, pour accepter la délégation, alors l'acquéreur se trouve obligé envers eux dans les limites de cette même délégation, et ni le vendeur ni l'acquéreur, même d'un commun accord, ne peuvent plus la révoquer. (Art. 1121.)

S'ils ne sont point intervenus, le vendeur et l'acquéreur, tant que les créanciers n'ont point accepté la délégation, peuvent la révoquer d'un mutuel accord. Le vendeur le peut même seul, en rapportant la main-levée des hypothèques, puisque alors l'acquéreur se trouve sans intérêt à payer plutôt aux personnes qui avaient été indiquées d'abord, et qui se trouvent payées, qu'au vendeur lui-même. Mais si les créanciers ne sont point encore payés, dès qu'ils ont accepté la délégation par un acte quelconque, le vendeur ne peut plus la révoquer (même article 1121), même du consentement de l'acquéreur.

322. Suivant l'art. 1275, « la délégation par la-

« quelle un débiteur donne au créancier un autre « débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère « point de novation, si le créancier n'a expressé- « ment déclaré qu'il entendait décharger son débi- « teur qui a fait la délégation. »

A plus forte raison, la simple indication faite par le débiteur, d'un tiers qui doit payer à sa place, n'opère-t-elle point novation (art. 1277), pas plus que la simple indication faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui. (*Ibid.*)

Dans le cas de simple délégation, le créancier est censé avoir agréé le délégué pour débiteur comme un moyen de toucher plus facilement ce qui lui est dû. Aussi, lorsqu'un tiers, entre les mains duquel il a fait saisie-arrêt, s'oblige à lui payer le montant de la saisie, ce tiers est bien tenu envers lui, mais le débiteur n'est point pour cela libéré, si le créancier n'a pas déclaré vouloir le décharger.

323. Plusieurs auteurs, notamment Renusson et Despeisses, pensaient toutefois que le créancier qui accepte purement et simplement *pour son debiteur* le tiers délégué, est censé avoir déchargé l'ancien, parce que, disaient-ils, il a suivi sa foi. S'il n'eût voulu qu'une garantie de plus, c'était comme caution ou garant qu'il devait le recevoir, et non pas comme *autre débiteur*. Et tel était en effet généralement le droit du Digeste; mais, comme nous l'avons dit, Justinien a décidé par sa constitution (1)

(1) L. dernière, au Cod. *de novat.*

que, soit que le débiteur donnât au créancier une autre personne, *si quis aliam personam adhibuerit, vel mutaverit*, soit que la nouvelle convention intervînt entre le créancier et le débiteur seulement, pour changer quelque chose à l'obligation, il n'y aurait novation qu'autant que les parties l'auraient expressément déclaré, *nisi ipsi specialiter remiserint priorem obligationem, et hoc expresserint quod secundam magis pro anterioribus elegerint.* La constitution de Justinien n'a pas été, il est vrai, adoptée à la lettre dans notre droit ; mais Pothier, d'après Cujas, a toutefois combattu le sentiment de ceux qui pensaient que l'acceptation du délégué, sans réserve de la part du créancier, déchargeait le débiteur. Pothier s'est fondé sur ce que le créancier n'entend point, en acceptant le délégué pour son débiteur, faire un bénéfice, ainsi que se le propose celui qui achète une créance, et qui, pour cela, l'achète au dessous de sa valeur numérique, qu'il entend seulement obtenir un moyen de plus d'être payé ; que souvent c'est en cette considération qu'il ne poursuit point son débiteur. Cette opinion a prévalu dans le Code.

324. Toutefois, nous ne pensons pas que ces mots de l'article 1275 : « Si le créancier n'a *ex-* « *pressément déclaré qu'il entendait décharger son* « *débiteur*, » soient sacramentels : ils peuvent être remplacés par d'autres qui indiqueraient clairement et évidemment que la volonté du créancier

a effectivement été de décharger le débiteur et de se contenter de l'obligation du délégué : seulement, le moindre doute à ce sujet s'interpréterait en sa faveur ; et c'était ainsi que l'entendait Pothier lui-même, qui voyait la volonté du créancier de faire novation et de décharger son débiteur dans cette déclaration : *pour faire plaisir au débiteur, je veux bien me contenter de la présente obligation de M. un tel*, etc.

325. Lorsque le créancier a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, il n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déja en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation. (Art. 1276.)

La raison de cette dernière exception est fondée sur ce qui vient d'être dit, que le créancier n'a point entendu, en acceptant le délégué pour débiteur, et en déchargeant son débiteur actuel, faire une opération qui pût lui procurer un avantage, comme celui qui achète une créance au dessous de sa valeur numérique ; il a seulement voulu toucher le montant de sa créance, et il n'a pas paru juste de le rendre victime de l'ignorance dans laquelle il était sur l'état actuel du délégué, situation que connaissait très probablement le délégant, ce qui est au reste indifférent. Mais si le créancier connaissait au contraire l'état du délégué lorsqu'il

l'a accepté pour débiteur et a déchargé celui qu'il avait, et que cela fût prouvé contre lui, il n'aurait aucun recours contre le délégant, s'il n'avait pas fait de réserve à cet égard : *Volenti non fit injuria.*

326. Et si c'était une cession que le débiteur lui eût faite de sa créance sur le tiers, une délégation de la créance, *delegatio debiti*, plutôt qu'une délégation de la personne, et que cette cession eût eu lieu pour une somme inférieure à la valeur numérique de la créance, alors ce serait une dation en paiement, et le débiteur ne serait pas même garant de la solvabilité actuelle du tiers, à moins de convention contraire. On appliquerait, en un mot, les art. 1693, 1694 et 1695, parce qu'en effet le créancier ne serait qu'un cessionnaire ordinaire qui a entendu courir la chance de faire un bénéfice, en recevant en paiement une créance au dessous de sa valeur numérique ; or, *is quem sequuntur commoda, eumdem debent sequi incommoda.*

Mais si une créance était cédée sur le pied de sa valeur numérique, par un débiteur à son créancier, il serait difficile d'y attacher des effets plus étendus que ceux d'une simple délégation ; car, de ce que le créancier aurait de moins, dès le principe, l'engagement du tiers sur qui cette créance existe, ce ne serait pas une raison pour qu'il fût, vis-à-vis de son débiteur qui la lui a donnée en paiement, d'une condition inférieure à celle qui serait résultée d'une simple délégation, c'est-à-dire, que si le

tiers s'était obligé envers lui sur l'invitation de son propre créancier.

327. Au surplus, dans le cas même où le créancier a son recours contre le débiteur, qu'il a déchargé, parce que le délégué était en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation, la créance n'en est pas moins éteinte avec tous ses accessoires, priviléges, hypothèques et cautionnemens : seulement il en naît une autre, qui a pour cause le fait de la position du délégué, et qui a pour objet une indemnité.

328. Il faut même en dire autant du cas où le créancier qui a déchargé le débiteur s'est réservé un recours contre lui dans l'hypothèse où le délégué deviendrait insolvable : la créance n'en est pas moins éteinte nonobstant cette réserve; car son objet est un *recours* en dédommagement, c'est une garantie de la solvabilité du délégué : le créancier s'est chargé de l'obligation de celui-ci, aux risques et périls du délégant, et voilà tout; il a agi dans l'intérêt de ce dernier, pour le libérer; il a bien sans doute, à ce titre, l'action *mandati contraria* contre lui, mais il n'en a pas d'autre, puisqu'en le déchargeant, il a évidemment éteint l'action qu'il avait à raison de l'obligation primitive. Il faudrait, pour qu'il eût encore cette action, qu'il n'eût point déchargé le débiteur purement en se réservant seulement un recours contre lui dans le cas où le délégué deviendrait insolvable, mais qu'il n'eût donné une dé-

charge de la dette elle-même, que d'une manière conditionnelle et subordonnée : or, ce n'est pas cette hypothèse que prévoit l'art. 1276.

329. Lorsque la délégation emporte novation, si le délégué est débiteur du délégant, alors il y a deux dettes éteintes, en totalité ou en partie : celle du délégant envers son créancier, et celle du délégué envers le délégant. Et si le créancier indiquait lui-même, dans le même acte, le délégué à son propre créancier, qui l'accepterait en déchargeant son débiteur, cet acte éteindrait trois obligations à la fois.

330. Si le délégué ne s'est obligé que par erreur envers la personne indiquée par le délégant, se croyant faussement débiteur de ce dernier, et que cette personne elle-même ne soit pas créancière du délégant, le délégué peut, après avoir découvert son erreur, se refuser à payer, en opposant l'exception *doli mali*. L. 7, ff. *de doli except.* Et il peut même répéter, s'il a payé avant d'avoir découvert l'erreur (art. 1235 et 1377).

331. Les lois romaines lui donnent même le droit de se refuser à payer dans le cas aussi où la personne envers laquelle il s'est obligé par suite de son erreur, a accepté la délégation en vue d'une pure libéralité qu'a voulu lui faire le délégant. L. 2, § 4, ff. *de donationibus.*

332. Mais dans le cas où cette personne était réellement créancière du délégant au moment de la

délégation, non seulement les lois romaines refusaient au délégué le droit de répéter ce qu'il avait payé en exécution de son obligation, quoique consentie par erreur, mais encore elles lui refusaient toute exception pour se refuser à payer, L. 12. ff. *de novat.*; et cela, quoiqu'il ne se fût obligé que par suite de fraude et de manœuvres de la part du délégant, L. 4, § 2, *de doli except.*; sauf toutefois le cas où celui envers lequel le délégué s'était obligé était complice de la fraude du délégant. Hors ce cas, le délégué avait seulement son recours contre le délégant; *eisdem legib.*

La raison de cette différence entre cette espèce et les deux précédentes, se tire de ce que lorsqu'il n'était rien dû à la personne envers laquelle le délégué s'est obligé, ou que cette personne a reçu la délégation à titre de pure libéralité, elle ne combat pas pour éviter de perdre, mais bien pour faire un gain, et le délégué combat, au contraire, pour éviter de perdre, puisqu'il est en effet exposé à perdre si le délégant, à qui il ne devait rien, se trouve insolvable : or, *meliùs est favere exceptioni, quàm adventitio lucro*; tandis que, lorsque la personne qui a accepté la délégation était créancière de celui qui l'a faite, cette personne *versaretur in damno*, si le délégué pouvait se refuser à lui payer le montant de son obligation, ou s'il pouvait répéter de lui après l'avoir payé.

333. Pothier fait aussi cette distinction, mais elle

doit être modifiée quant au dernier cas. En effet, si celui qui a fait la délégation n'a point été déchargé par le créancier, ou même si, ayant été déchargé, ce dernier n'a point encore supprimé son titre par suite de la délégation, le délégué peut se refuser à lui payer. Il pourrait même, dans l'un ou l'autre cas, répéter le paiement qu'il lui aurait fait par suite de l'erreur dans laquelle il était en s'obligeant : l'art. 1377 serait applicable. Car, dans la première hypothèse, la délégation n'a fait aucun tort au créancier, puisqu'il a encore son action contre son débiteur, qu'il n'a point déchargé; et dans la seconde, comme la décharge du délégant a été la suite de l'erreur du délégué, et par conséquent que ce délégant ne pourrait argumenter de cette décharge pour repousser la demande du créancier qui a encore son titre, ce dernier est censé avoir ses droits intacts contre lui, et, d'après cela, il ne doit point pouvoir invoquer avec effet l'engagement du délégué à son profit, ni retenir ce que celui-ci lui aurait payé par suite de son erreur. Autre chose serait le cas où le créancier aurait supprimé de bonne foi son titre par suite de la délégation ou du paiement; alors la seconde disposition de ce même art. 1377 s'opposerait à ce que le délégué pût répéter ce qu'il aurait payé, quoique par erreur, et les principes exposés ci-dessus feraient obstacle aussi à ce qu'il pût même se refuser à exécuter son engagement; sauf à lui son recours contre le délégant; car, *inter errantem et patientem, nulla est dubitatio.*

334. Par suite des mêmes principes, le délégué qui s'est obligé purement et sans réserve envers le créancier du délégant, ne peut en général, lui opposer les exceptions qu'il eût pu opposer à ce dernier (1); car, de deux choses l'une : ou le délégué connaissait, au moment de la délégation, l'exception qu'il avait à faire valoir, ou il l'ignorait. S'il la connaissait, il a voulu en faire remise au délégant : *similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur*. L. 12, ff. *de novat.* S'il l'ignorait, il ne peut de même faire valoir cette exception contre le créancier, *quia ille suum recipit*, sauf à lui son recours contre le délégant ; *eadem lege*. Mais, d'après ce qui vient d'être dit, la décision, dans cette dernière hypothèse, pourrait, selon la nature de l'exception et les autres circonstances de la cause, recevoir quelque modification, dans le cas où le créancier n'aurait point déchargé le délégant, et même dans le cas où il l'aurait déchargé, s'il n'avait pas encore supprimé son titre contre lui.

335. Enfin, il faut observer que si la délégation, même faite avec décharge du délégant, a eu lieu sous une condition suspensive, ce dernier n'est pas libéré tant que la condition n'est pas accomplie ; mais, lors même que l'échéance de son obligation serait arrivée, il ne pourrait néanmoins être

---

(1) LL. [illegible] et 19, ff. *de novat.*

poursuivi que lorsqu'il serait devenu certain que la novation n'aurait pas lieu, par l'inaccomplissement de la condition : il est maintenant débiteur sous la condition contraire à celle qui a été mise à la novation ; et il est clair que le délégué ne peut pas non plus être poursuivi par celui à qui il a été délégué, tant que la condition sous laquelle il s'est obligé envers lui ne sera pas accomplie.

Bien mieux, quoique, dans l'espèce, il ne soit pas libéré envers le délégant, s'il est son débiteur, puisqu'il ne doit l'être qu'autant que la condition sous laquelle il s'est obligé envers celui à qui il a été délégué sera accomplie, c'est-à-dire, qu'autant qu'il y aura novation, néanmoins le délégant ne peut pas non plus le poursuivre tant qu'il ne sera pas devenu certain, par l'inaccomplissement de la condition, que la novation n'aura pas lieu. Le délégant est maintenant créancier conditionnel du délégué, et il l'est sous la condition contraire à celle qui a été mise à la délégation. L. 36, ff. *de rebus creditis*.

SECTION III.

De la remise de la dette.

SOMMAIRE.

336. *La remise de la dette est aussi une manière d'éteindre les obligations ; elle peut avoir lieu par testament, et alors c'est un véritable legs, ou par convention, expresse ou tacite.*

337. *Le droit romain faisait une distinction importante entre la remise opérée par le mode de l'*acceptilation, *et celle faite*

par simple pacte; *cette distinction est inconnue dans notre droit.*

338. *Le mutuel dissentiment des parties résout aussi les contrats synallagmatiques; importante distinction, quant à ce point, entre le droit actuel et le droit ancien.*

339. *Certains contrats se résolvent même par la volonté d'une seule des parties.*

340. *Points qui sont à examiner sur la matière de la remise de la dette.*

341. *La remise est une véritable libéralité lorsqu'elle n'a pas pour cause certaines circonstances qui pourraient la faire regarder comme un arrangement entre les parties.*

342. *Aussi les mineurs non émancipés et les interdits ne peuvent faire aucune remise.*

343. *Il en est de même, en général, des mineurs émancipés, et des personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire.*

344. *Ainsi que des femmes mariées non dûment autorisées, quoique séparées de biens.*

345. *Cependant un mort civilement peut faire, et surtout recevoir, une simple remise de dette.*

346. *L'administrateur des biens d'une personne n'a pas, en général, qualité pour faire remise.*

347. Secùs *dans le cas d'un concordat fait avec un débiteur failli.*

348. *Renvoi quant à la remise faite par l'un des créanciers solidaires.*

349. *Celui qui est simplement indiqué pour recevoir le paiement pour le créancier, ne peut faire remise.*

350. *Pour pouvoir recevoir une remise gratuite, il faut être capable, en général, de recevoir du créancier à titre gratuit.*

351. *Application du principe aux médecins, chirurgiens et officiers de santé qui ont traité leur créancier pendant la maladie dont il est mort, et qui leur a fait remise dans le cours de cette maladie.*

352. *Et à l'enfant naturel reconnu, et au conjoint, débiteurs du créancier.*

353. *La remise faite à celui qui est devenu héritier du créancier, même par concordat, est sujette à rapport à la succession; renvoi quant à ce point à l'un des précédens volumes.*

354. *Elle est sujette aussi à révocation pour survenance d'enfans; renvoi aussi à l'un des précédens volumes.*

355. *Elle pourrait être passible aussi de la réduction pour fournir les réserves.*

356. *Et, suivant les circonstances, de l'action en révocation pour cause d'ingratitude; renvoi.*

357. *Est-il nécessaire, pour que la remise produise son effet, que le débiteur l'ait acceptée au moins tacitement? Oui, selon l'auteur : discussion.*

358. *La remise peut être faite sous condition, ou purement et simplement, pour partie comme pour le tout.*

359. *Quand la dette est conditionnelle, la remise l'est elle-même tacitement.*

360. *Il n'est pas de rigueur que le titre soit remis au moment même où la remise de la dette est faite, sauf au débiteur à la prouver par les moyens de droit.*

361. *La remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération, quoique le titre ne soit pas revêtu d'une déclaration de décharge.*

362. *La possession du titre par le débiteur est présumée être le résultat d'une remise volontaire que le créancier lui en a faite, sauf la preuve de faits propres à établir le contraire.*

363. *La remise du titre par le créancier au moment où il vient toucher le paiement, a moins de force pour prouver qu'il l'a reçu, que dans les autres cas; ce que doit faire en pareil cas le créancier.*

364. *En faisant résulter la preuve de la libération de la remise du titre original sous seing-privé par le créancier au débiteur, l'art.* 1282 *ne dit pas si c'est à titre de paiement ou bien de remise, et cependant la distinction est importante dans plusieurs cas; solution de la question.*

365. *La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire.*

366. *La remise d'une simple expédition ou copie non délivrée en forme de grosse, n'a pas le même effet.*

367. *La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse, par le créancier à l'un des débiteurs solidaires, produit le même effet à l'égard des codébiteurs.*

368. *La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette.*

369. *Le défaut de réserve d'une dette dans la quittance que le créancier donne d'une autre dette, ne forme point de présomption de la remise ou du paiement de la première.*

370. *Le concours des circonstances mentionnées dans la loi* Procula, 26, ff. de probat. et præsumpt. *ne formerait aujourd'hui qu'une de ces présomptions abandonnées à la sagesse du magistrat, et dont il pourrait seulement s'aider dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales.*

371. *La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des débiteurs solidaires, libère les autres à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre eux.*

372. *Et même, dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette, que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise, et de celle qu'il aurait eue à supporter dans les insolvabilités, s'il y en avait.*

373. *La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions, quand même depuis il aurait renoncé au bénéfice de la remise.*

374. *Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal.*

375. *Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres, si ce n'est toutefois pour la part du cofidéjusseur déchargé.*

376. *La remise faite au débiteur failli, par un concordat en forme, ne profite pas aux cautions; ancien droit peu fixé sur ce point.*

377. *Il en est autrement de la remise faite hors le cas d'un concordat, et par cela même, dans le droit actuel, de celle faite dans un traité quelconque avec un non commerçant.*

378. *Dans le cas d'un concordat, la caution qui a été forcée de payer même la partie remise, a-t-elle une action en recours contre le débiteur pour cette même partie? La question jugée négativement par arrêt de cassation.*

379. *Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, tourne à l'acquit du débiteur principal : vice de cette disposition dans sa trop grande généralité.*

336. La troisième manière d'éteindre les obligations est la remise de la dette.

La remise peut avoir lieu par testament, et alors c'ést un véritable legs, dont nous avons expliqué les effets lorsque nous avons traité des legs ; ou par des actes entre-vifs, ou par des faits qui la font supposer.

337. Nous ne faisons pas, dans notre droit, la différence qui existait dans le droit romain entre la remise par le mode de l'*acceptilation* (1), et la remise par simple pacte. La première éteignait l'obligation de plein droit, au lieu que le pacte produisait seu-

(1) L'acceptilation consistait dans une demande de la part du débiteur adressée au créancier, s'il voulait bien le tenir quitte, et dans une réponse conforme de la part de ce dernier ; par exemple : *Centum quæ tibi debeo, accepta fersne? Accepta ferro.* On n'éteignait d'abord de cette manière que les obligations contractées par paroles, c'est-à-dire par stipulation : mais Aquilius Gallus imagina un moyen d'éteindre toute espèce de dette par l'acceptilation. Pour cela, le créancier stipulait du débiteur ce que celui-ci lui devait à un titre quelconque, ce qui opérait novation ; le débiteur interrogeait à son tour

lement une exception, au moyen de laquelle le débiteur, s'il était ensuite poursuivi nonobstant le pacte, pouvait repousser la demande. La différence entre les parties elles-mêmes et leurs héritiers ne consistait guère, généralement du moins, que dans la manière de procéder; mais, à l'égard des codébiteurs ou cocréanciers, et même à l'égard des cautions dans certains cas, elle était importante, en ce que le pacte de remise ne pouvait être invoqué que par celui qui l'avait fait, et contre celui-là seulement qui l'avait consenti; tandis que la dette éteinte par l'acceptilation l'était par rapport à toute personne quelconque.

Chez nous, de quelque manière que la remise d'une obligation ait lieu, elle a pour effet de l'éteindre *ipso jure*, comme le paiement, si d'ailleurs celui qui l'a faite était capable de la faire.

358. Le mutuel dissentiment de ceux qui ont fait un contrat synallagmatique est une double remise, puisque c'est celle de l'obligation de chacun des contractans. Mais à cet égard le droit nouveau diffère, en certain cas, du droit ancien, dans les

---

le créancier pour savoir s'il voulait le tenir quitte, et ce dernier répondant affirmativement, l'acceptilation s'opérait et opérait l'extinction de la dette *ipso jure*. On la nommait *acceptilation aquilienne*, du nom de son inventeur. *Voyez* au Digeste, le titre *de acceptilatione*, et aux Institutes, le titre *quib. modis tollit. oblig.*

Au lieu que le pacte était une convention faite sans l'emploi d'une interrogation et d'une réponse; c'était un consentement manifesté de tout autre manière, par exemple, par lettre. *Vide* le titre *de Pactis*, au Digeste et au Code.

effets de la remise ; c'est ce qui mérite quelque explication.

Dans les principes du droit romain, le mutuel dissentiment opérait l'extinction de plein droit des obligations résultant des contrats qui se forment par le seul consentement des parties (et c'étaient la vente, le louage, la société et le mandat), pourvu toutefois que toutes choses fussent encore entières, que dans la vente, par exemple, le prix n'eût pas encore été payé ou la chose livrée : alors, le contrat était censé non avenu, tellement que l'hypothèque de la femme de l'acheteur sur les biens de son mari, ne s'était point étendue sur les biens vendus, puisque l'acheteur n'en avait jamais été propriétaire, la propriété n'étant acquise que par la tradition, et non par le seul consentement, ainsi que nous l'avons dit souvent dans le cours de cet ouvrage (1) ; et l'on suivait les mêmes principes dans notre ancienne jurisprudence. Mais aujourd'hui, que la propriété se transmet par le seul consentement des parties (art. 711 et 1138), qu'elle est acquise de droit à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé (art. 1583), il résulte évidemment de là que la femme de l'acheteur, ou le mineur dont il avait la tutelle au moment de la résiliation, ont eu une hypothèque sur les biens acquis, et que cette résiliation n'a pu l'effacer à leur pré-

---

(1) *Voyez* notamment tome X, n° 423 et suivans.

judice, sauf le privilége du vendeur. La renonciation de l'acheteur au contrat de vente, quoique faite avant la délivrance des biens et tout paiement du prix, n'est plus actuellement qu'une rétrocession de la propriété au vendeur, une véritable revente, moyennant un prix semblable à celui de la vente primitive, et qui doit donner lieu à de nouveaux droits pour mutation de propriété, si la régie de l'enregistrement et des domaines parvient à acquérir la preuve de l'existence de l'un et de l'autre acte.

Il n'en serait toutefois pas ainsi de la vente de denrées et effets mobiliers, attendu que, d'après l'art. 1657, la résiliation, faute de paiement, à lieu de plein droit, et sans sommation, après l'expiration du terme convenu pour le retirement, ce qui laisse par conséquent aux parties la faculté de résilier le contrat par leur consentement, même avant l'époque convenue pour la délivrance.

339. La renonciation d'une seule des parties suffit même pour résoudre le contrat de société pour l'avenir, sauf les conditions et restrictions apportées par la loi, lorsque la société n'est pas dissoute du consentement de toutes les parties. *Voy.* les art. 1865 à 1869.

Quant au mandat, au dépôt, au commodat et au louage, *voy.* les titres qui les concernent.

340. Ces notions préliminaires exposées, nous aurons à voir quels sont ceux qui peuvent faire la remise :

Si elle peut être faite à tout débiteur quelconque ;

S'il est nécessaire, pour qu'elle produise son effet, que le débiteur l'ait acceptée, au moins tacitement ;

Quels faits ou circonstances la prouvent ou la font présumer ;

Et quel est son effet par rapport aux codébiteurs et aux cautions.

ART. Ier.

Des personnes qui peuvent faire remise de la dette.

341. Lorsque la remise n'est point le résultat d'une transaction ou d'un arrangement entre les parties, en cas de contestation, ou pour des services rendus, et qu'elle n'est point faite non plus à un débiteur en faillite, dans un traité par lequel ses créanciers lui remettraient une certaine quotité de chaque créance, elle est véritablement une libéralité : d'où il suit que ceux qui sont incapables de disposer de leurs biens par acte entre-vifs, ne peuvent, en général, faire remise de leurs créances.

342. Ainsi, les mineurs non émancipés et les interdits n'ayant la disposition d'aucune chose, ils ne peuvent faire aucune remise de ce qui leur est dû, quelle que soit la dette.

343. Il en est incontestablement de même des mineurs émancipés, en ce qui concerne leurs capitaux, quoiqu'ils fussent assistés de leur curateur ; car l'art. 904 porte que le mineur parvenu à l'âge

de seize ans ne peut disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. S'il peut y avoir quelque doute, ce serait à l'égard de la remise des sommes dues au mineur pour une vente de denrées faites par lui, ou pour fermages ou loyers, arrérages ou intérêts, attendu qu'il peut toucher ces sommes sur ses seules quittances, sans avoir besoin de l'assistance de son curateur : ce qui semble dire qu'il en a la libre disposition; mais il n'en a pas la disposition à titre gratuit; l'art. 904 ne distingue point quant aux objets, et l'on ne peut nier qu'une remise tout-à-fait gratuite ne soit une donation au fond. Le mineur serait donc bien fondé à revenir contre la remise pour cause de lésion (art. 1305); car ce n'est point là un acte d'*administration*, mais un acte de *disposition* à titre gratuit. La capacité à l'effet de toucher n'emporte pas toujours celle de remettre la dette; l'*adjectus solutionis gratiâ* aussi a qualité pour toucher le paiement, mais non pour faire remise.

Toutefois, dans le cas où le mineur émancipé aurait fait la remise à un fermier en dédommagement des pertes qu'il aurait essuyées par suite de mauvaises récoltes, elle pourrait être déclarée valable, en tout ou partie, parce qu'elle aurait le caractère d'arrangement, de transaction, sur un objet sur lequel le mineur pouvait traiter, même sans l'assistance de son curateur; à plus forte raison si le curateur l'avait assisté dans l'acte de remise.

Et tout ce qui vient d'être dit peut s'appliquer aux remises faites par une personne placée sous l'assistance d'un conseil judiciaire, pour faiblesse d'esprit ou prodigalité, avec cette différence toutefois que, assistée de son conseil, elle pourrait même faire remise d'un capital mobilier (art. 499 et 513); tandis qu'un mineur, quoique émancipé et assisté de son conseil, ne le pourrait pas, du moins généralement, puisque la loi ne lui donne pas le pouvoir de faire des donations même avec cette assistance, et qu'une remise gratuite d'un capital mobilier est une véritable donation : il serait donc en droit de la faire rescinder pour cause de lésion, en vertu de l'art. 1305.

344. Les femmes mariées, même séparées de biens par contrat de mariage ou par jugement, ne peuvent non plus faire remise gratuite de leurs capitaux sans être dûment autorisées : peu importe qu'elles aient l'administration de leurs biens, et qu'elles puissent disposer de leur mobilier et l'aliéner (art. 1449); car elles n'ont pas pour cela la capacité de faire, sans autorisation, des donations, même de choses mobilières; les art. 217 et 905, au contraire, leur refusent formellement ce pouvoir, sans distinction entre les choses de cette nature et les choses immobilières (1); or, si les remises gratuites et volontaires ne sont pas de véritables dona-

(1) C'est ce que nous avons dit au tome VIII, n° 208.

tions quant à la forme, elle sont en réalité des donations dans le fond des choses.

345. Mais quoiqu'une remise de dette soit au fond une libéralité, et que le mort civilement ne puisse recevoir ni faire des donations entre-vifs (art. 25), cela n'empêche pas, néanmoins, qu'un individu frappé de mort civile, qui aurait acquis des biens depuis la mort civile encourue (ce que suppose l'art. 25 du Code, en disant qu'il ne pourra plaider que par le ministère d'un curateur, et aussi l'art. 33), ne pût faire une remise valable à son débiteur, et ne pût surtout en recevoir une de son créancier ; car une remise de dette est aussi un mode d'extinction des obligations, ce qui rentre par conséquent dans le droit naturel, dont n'est point exclu le mort civilement. La donation elle-même tient d'ailleurs au droit naturel dans le fond, et elle n'est du droit civil que quant aux formes ; or, un mort civilement peut recevoir des donations de choses mobilières faites sans acte, des dons manuels, parce que ces dons sont régis plutôt par les principes du droit naturel que par les règles du droit civil, ainsi que M. d'Aguesseau l'a fait observer dans ses explications sur l'ordonnance *des donations*, rédigée par lui. *Voyez* ce que nous avons dit sur l'un et l'autre points en traitant *de la mort civile*, tome Ier no 263.

346. L'administrateur des biens d'une personne, comme un tuteur, ne peut, en général, faire remise volontaire des créances de cette personne, parce

qu'il n'a pas le pouvoir de donner. L. 22, ff. *de administr. et peric. tut.*, et L. 37, ff. *de pactis.*

347. Mais la remise faite par l'administrateur au débiteur failli, par un concordat régulier, est valable, parce qu'elle n'est qu'un acte d'administration, et non une libéralité.

348. Quant à la remise faite par l'un des créanciers solidaires, ou par l'un des créanciers d'une obligation indivisible, *voy.* ce qui a été dit au tome précédent, nos 174, 312 et suiv.

349. Les tiers *adjoints* n'étant préposés que pour recevoir le paiement, il est clair qu'ils ne peuvent faire remise de la dette, puisqu'ils ne peuvent même faire novation, L. 27, *princip.*, ff. *de pactis;* sauf toutefois les cas où l'indication s'est convertie en cession ou délégation de la créance à leur profit, suivant ce qui a été dit sur le paiement en général.

Art II.

A quelles personnes la remise peut être faite.

350. Puisque la remise gratuite est au fond une véritable libéralité, on doit conclure de là que ceux qui ne pourraient recevoir une donation ordinaire du créancier, ne peuvent, en général, en recevoir la remise de leur dette.

351. Ainsi les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui traitent une personne pendant une maladie dont

elle meurt, ne pourraient profiter de la remise faite à leur profit pendant le cours de cette maladie, à moins qu'elle ne fût à titre rémunératoire, eu égard aux facultés du créancier, et sauf aussi le cas de parenté, ainsi qu'il est dit à l'art. 909 : tel était le sentiment de Pothier; et la même décision aurait lieu à l'égard de la remise faite dans les mêmes circonstances au ministre du culte.

352. Si le débiteur était fils naturel reconnu du créancier, ou que la dette existât entre époux, la remise qui en serait faite s'imputerait sur la quotité dont pouvait disposer le créancier envers le débiteur, et l'excédant, s'il y en avait, pourrait, à la mort du premier, être exigé par ses héritiers, à la charge par ceux-ci de prouver la remise, si elle était niée : ils procéderaient par voie de réduction.

Et comme les donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables (art. 1096), l'époux créancier pourrait révoquer lui-même la remise.

353. La remise de la dette d'un héritier par le défunt créancier, même faite par concordat en cas de faillite, est sujette à rapport, d'après l'art. 843 analysé. C'était l'avis de Pothier. *Voy.* ce que nous avons dit sur ce point au tome VII, nos 309 et 310.

354. Le même auteur (1) regardait aussi les remises de dettes comme sujettes à la révocation pour

(1) *Traité des donations*, sect. 3, art. 2, § 1.

survenance d'enfans, pourvu qu'elles ne fussent pas faites pour éviter un procès, ou par un contrat d'attermoiement, ou comme prix de services appréciables, mais bien à titre purement gratuit, par pure libéralité.

Nous avions d'abord été d'un avis contraire, dans notre traité *des Contrats*, etc., t. III, nº 910, quoique nous reconnussions fort bien d'ailleurs qu'une remise purement gratuite est une véritable donation au fond; mais nous nous étions déterminé par le motif que l'art. 960 ne parle pas expressément des remises de dette, et que les révocations sont de droit étroit. Toutefois, après avoir plus mûrement réfléchi sur la question, nous avons fini par nous ranger au sentiment de Pothier, quand nous avons traité *des donations*, tome VIII, nº 593.

355. Du reste, nous admettions bien alors comme aujourd'hui que les remises de dette seraient passibles de l'action en réduction, dans le cas où une personne aurait voulu priver, par cette voie, ses enfans, de la quotité des biens que la loi leur réserve sur sa succession; car elle n'a pas dû pouvoir faire, par des voies indirectes et cachées, ce qu'elle ne pouvait faire par des voies directes et ouvertes; autrement le vœu de la loi pourrait être par trop facilement éludé.

356. Quant à la question de savoir si les remises purement gratuites sont soumises, comme les donations en forme, à la révocation pour cause d'ingra-

titude, nous l'avons aussi résolue affirmativement, au même tome VIII, n° 566, à la charge par celui qui les a faites, de justifier que la dette a bien été éteinte par remise gratuite, et non par paiement.

Art. III.

S'il est nécessaire, pour que la remise produise son effet, que le débiteur l'ait acceptée, au moins tacitement.

357. Barbeyrac a professé, dans son commentaire sur Puffendorf, qu'un créancier ayant la libre disposition de ses biens, peut, par sa seule volonté, libérer son débiteur, sans qu'il y ait besoin d'une acceptation quelconque de la part de celui-ci; qu'il suffit pour cela de répudier la créance, d'en faire l'abandon par la pensée. Il se fondait, pour le décider ainsi, sur la loi 2, § 1, ff. *pro derelicto*, suivant laquelle nous pouvons, par notre seule volonté, cesser d'être propriétaire de notre chose, en l'abandonnant, quoique d'ailleurs un autre n'en devienne propriétaire qu'en l'occupant; et il tirait de ce texte la conclusion que dès qu'un créancier abandonne sa créance, cette créance est éteinte, et le débiteur, par cela même, libéré.

Pothier a combattu Barbeyrac, en disant que l'on ne doit pas assimiler une créance à l'abandon d'une chose que l'on ne veut plus avoir. L'abandon, *derelictum*, n'est pas fait en vue de gratifier quelqu'un, mais parce que la chose abandonnée ne convient plus, parce qu'on la juge inutile ou même embarrassante. Peu importe qu'un autre ensuite

s'en empare; ce n'était point dans son intérêt qu'elle avait été abandonnée. Au lieu que l'abandon d'une créance devant nécessairement profiter à telle personne, c'est un acte renfermant en soi une libéralité qui, par cela même, a besoin d'être acceptée pour produire son effet.

L'art. 1211 repousserait l'opinion de Barbeyrac; car, en disant que, par la demande formée contre l'un des débiteurs solidaires, *pour sa part*, le créancier ne renonce pas à la solidarité même à son égard, tant que ce débiteur n'a pas acquiescé à la demande, ou qu'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation, cet article décide évidemment que la remise faite par le créancier n'a point d'effet tant qu'elle n'est pas acceptée par le débiteur, puisque la décharge de la solidarité est une remise, qui, si les codébiteurs sont insolvables, libère le débiteur d'une perte qu'il aurait eue à supporter.

Au tome VIII, n° 594, nous citons un arrêt de la Cour de Paris, du 1er mars 1826, qui a jugé que la remise à titre de libéralité, faite par un créancier à son débiteur, par le moyen d'un tiers choisi par le créancier pour remettre le billet au débiteur, après le décès du créancier, était restée sans effet par la mort de celui-ci, arrivée avant l'acceptation du débiteur, attendu, que le tiers n'avait aucun pouvoir d'accepter pour ce dernier.

Nous citons toutefois, au n° suivant du même volume, un arrêt de la Cour de Limoges, confirmé ensuite en cassation, le 2 avril 1823, qui a jugé, au

contraire, qu'une remise faite par un mourant, par l'entremise d'un tiers chargé d'une quittance pour être remise au débiteur, en cas de mort du créancier, était valable, quoique le débiteur ne l'eût point acceptée, et n'en eût même pas connaissance avant la mort de ce dernier : « Attendu, a dit la « Cour de cassation, que c'était là une remise régie « par les art. 1282 et suiv. du Code civil, et qu'elle « n'était assujettie à aucune formalité; qu'elle a pu « être simple ou conditionnelle, directe ou par in- « termédiaire, et qu'en jugeant en conséquence que « la quittance remise par le créancier au tiers, pour « la délivrer *en cas d'accident* au débiteur, était va- « lable, la Cour de Limoges s'est conformée à la « lettre et à l'esprit desdits articles. »

Mais nous croyons avoir démontré qu'une pareille remise n'était qu'une disposition faite *mortis causâ*, sans l'observation des formalités prescrites pour la validité des dispositions de dernière volonté ou testamentaires, et qu'ainsi elle était nulle : c'était, en un mot, une libération laissée par fidéicommis, ainsi que cela résulte de plusieurs textes du droit romain; et le Code n'admet que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit : par donations entre-vifs et par testament, dans les formes qu'il a établies à cet effet (art. 896). La remise, dans l'espèce, était en réalité l'ouvrage du créancier seul; elle était révocable à sa volonté, et il y avait la condition de son prédécès. L'acceptation du tiers pour le débiteur, qu'on a considérée comme effi-

cace, parce que, a-t-on dit, dans les causes de cette nature, le tiers fait office de *negotiorum gestor* à l'égard du donataire, cette acceptation, disons-nous, n'était point valable, faute de pouvoir émané du débiteur; car une libéralité ne peut être acceptée par un tiers non muni d'un pouvoir du donataire (art. 933), et une remise gratuite est une libéralité.

Sans doute, indépendamment du paiement et de la novation, par lesquels un tiers peut me libérer envers mon créancier, sauf ensuite à moi à lui faire raison de ce qu'il aura payé pour moi, un tiers peut aussi, de concert avec mon créancier, me procurer ma libération pleine et entière, par le moyen d'une novation et ensuite d'une remise à lui faite par le créancier, sous la condition qu'il ne me demandera rien, comme n'ayant rien déboursé pour moi. Ce moyen est formellement indiqué par les lois romaines (1), d'ailleurs si contraires à la validité des conventions faites pour autrui (2), et même si opposées à ce qu'un simple pacte libératoire pût être invoqué par un autre que celui qui l'avait fait(3). Mais, d'abord, ce ne serait point *ma dette* qui serait éteinte par la remise : ce serait celle du

(1) Ainsi, dit Ulpien dans la loi 13, § 10, ff. *de acceptilatione*, parce que l'acceptilation ne pouvait se faire que par paroles, par conséquent entre personnes présentes, *In absentium personâ hoc remedio uti solemus stipulamur ab aliquo id novandi causâ quod nobis absens debet, et ita accepto liberamus à quo stipulati sumus, et ita fiet ut absens novatione, præsens acceptilatione liberetur.*

(2) L. 11, ff. *de oblig. et actionib.*

(3) L. 25 et suivantes, ff. *de pactis.*

tiers; la mienne aurait été éteinte par la novation, ce qui est formellement admis par les lois, quoique je n'aie point participé à la novation elle-même (art. 1274). En second lieu, ma dette se trouverait éteinte définitivement; mon créancier ne pourrait pas la faire revivre à sa volonté; ma libération, à son égard, serait irrévocable. Au contraire, dans l'espèce jugée par la Cour de Limoges, la libération était révocable; c'était une libéralité à cause de mort, faite sans l'emploi des formalités pour ces sortes de libéralités, et c'est en cela que la remise ne nous paraissait pas valable. Nous n'avons pu y voir une remise conventionnelle, parce que le tiers n'avait ni mandat ni qualité pour l'accepter, et que d'ailleurs l'effet de cette remise étant subordonné à la pure volonté du créancier, elle perdait par là tout caractère de remise conventionnelle; car, pour qu'une convention soit valable, il faut qu'elle ne soit point faite sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige (art. 1174), soit à donner, soit à faire, soit à ne pas faire quelque chose, ou, dans le cas d'une remise, à ne pas demander la dette.

Art. IV.

Quels faits ou circonstances prouvent la remise, ou la font présumer.

358. La remise, comme nous l'avons dit, s'opère non seulement par une convention expresse, ou par une disposition testamentaire du créancier,

mais encore par une convention tacite, qui résulte de certains faits qui la font présumer, ainsi qu'on va le voir.

Elle peut avoir lieu pour partie ou pour le tout; avoir lieu purement et simplement, ou être faite sous une condition : alors la dette est censée subsister sous la condition contraire. Argument de la loi 36, ff. *de rebus creditis.*

359. Si la dette est conditionnelle, la remise elle-même est conditionnelle dans ses effets, puisqu'il ne peut y avoir remise de dette qu'autant qu'il y a dette. L. 77, *in fin.*, ff. *de regul. juris.*

360. Quant à la remise faite par une convention intervenue entre personnes ayant capacité à cet effet, il n'y a pas de difficulté; elle est valable, encore que le titre n'ait pas été rendu au débiteur, parce que ce titre était alors sous scellés, ou dans les mains d'un tiers, etc. Dans ce cas, si la remise n'était point constatée par un acte, le débiteur pourrait faire interroger le créancier, et lui déférer le serment; il pourrait même prouver la remise par témoins si elle n'excédait pas la somme de 150 fr. Ce ne serait pas là contrevenir à la disposition de l'art. 1341, qui porte : « Qu'il n'est reçu aucune « peuve par témoins contre et outre le contenu aux « actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit « avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'a- « gisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr. »;

car l'acte dont il s'agit ne serait nullement attaqué dans ses dispositions par la preuve de la remise, pas plus que s'il s'agissait de prouver par ce moyen un paiement.

361. La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération (art. 1282).

La loi n'exige pas que le titre remis soit revêtu d'un *pour acquit* ou autre déclaration de décharge; la seule remise volontaire par le créancier au débiteur suffit pour établir la libération. Mais il faut le concours de ces trois circonstances : 1° que la remise ait été volontaire; 2° qu'elle ait été faite par le créancier; 3° qu'elle l'ait été au débiteur. Si donc l'une d'elles manque, la preuve de la libération s'évanouit.

362. Toutefois, la possession du titre par le débiteur est présumée être le résultat d'une remise volontaire que le créancier lui en a faite, jusqu'à preuve du contraire : comme si ce dernier prouve qu'elle est l'effet d'une perte, d'une surprise, d'un dol, d'une violence, d'une soustraction ou d'un abus de confiance de la part d'un tiers à qui il avait confié le titre. Mais le dol ne se présumant pas (art. 1116), ce serait à lui à prouver le fait qui a fait sortir le titre de ses mains, en sorte que la décision de Pothier, qui pensait, d'après Boiceau, que la qualité du débiteur peut affaiblir la présomp-

tion de paiement ou de remise de la dette résultant de la possession du billet, ne serait point suivie sous le Code. Selon cet auteur, si le débiteur était un facteur ou commis du créancier, un domestique a portée de se saisir du billet, ou un voisin chez lequel le créancier avait déposé ses effets dans un cas d'incendie, la possession du billet pourrait n'être pas une présomption suffisante de la remise de la dette ni même du paiement. L'art. 1282 établit une règle générale, sans distinction des personnes; et puisque la fraude ne se présume point, tout ce qu'on peut conclure de la qualité du débiteur, c'est que ce sera une circonstance qui pourra fournir au créancier un moyen d'établir plus facilement le fait de soustraction du titre, et par cela même de détruire la présomption, résultant de la possession, qu'il a été remis volontairement.

363. Au surplus, la remise du titre par le créancier au moment où il vient toucher le paiement, n'a pas la même force que dans les autres cas. L'usage dans les banques et chez les négocians, et même à peu près partout, est de présenter d'abord l'effet à celui qui doit l'acquitter, parce qu'il faut bien qu'il l'examine pour voir si c'est bien sa signature, et quelle est la somme à payer. L'argent n'est ordinairement livré au créancier qu'après la remise de l'effet au débiteur. Or, l'on sent que, bien qu'il lui soit remis *volontairement*, une pareille remise n'a pas la même force probante de la libération,

que dans les autres cas, que celle qu'elle aurait notamment si le créancier se retirait sans réclamer la restitution de l'effet, ou la somme. Le débiteur qui prétendrait être libéré par le fait de la possession du billet, parce qu'il l'a entre les mains (1), ne devrait pas être écouté, si celui qui est venu toucher réclamait de suite, et si toutes les circonstances de la cause démontraient que le paiement n'a pas eu lieu. La circonstance que l'effet serait revêtu du *pour acquit*, ne serait même point du tout décisive, car le *pour acquit* se met ordinairement avant que le débiteur livre les deniers, et il est même toujours mis par le créancier avant que l'effet ne sorte de chez lui, lorsqu'il en fait toucher le montant par un facteur ou commis, ainsi que cela se pratique par tous les banquiers et négocians en gros. En pareil cas, le créancier ne doit négliger aucun des moyens propres à établir sur-le-champ qu'il n'a pas reçu son paiement, et néanmoins que l'on a retenu son effet, et porter aussitôt sa plainte pour fait de soustraction de son titre.

364. L'art. 1282 fait résulter la preuve de la libération de la remise du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur, mais à quel titre l'établit-elle? Est-ce à titre de paiement ou de remise? La question est importante dans les cas,

---

(1) Ainsi qu'on l'a vu il y a quelques années dans la scandaleuse affaire *Roumage*.

assez nombreux, où celui qui pouvait recevoir le paiement, ne pouvait cependant pas faire remise de la dette : comme dans le cas d'un créancier solidaire, qui pouvait recevoir le paiement du total, et qui ne pouvait cependant faire remise que pour sa part (art. 1198); ou d'une femme séparée de biens, qui pouvait recevoir le paiement de la créance et en donner décharge, et qui néanmoins, selon nous, ne pouvait en faire remise gratuite sans être dûment autorisée, parce que la remise gratuite est une donation dans le fond, et que les articles 217 et 905 défendent aux femmes mariées, indistinctement, de faire des donations sans l'autorisation de leur mari ou de justice.

Les lois romaines voyaient dans la simple remise du billet une *remise* de la dette : *Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem ;* L. 2, § 1, ff., *de pactis ;* et l'article 1282 est placé sous la rubrique *de la remise de la dette.*

D'un autre côté, la remise ne se présume pas, *quia res suas jactare nemo præsumitur ; nemo donare censetur.*

Boiceau, d'après quelques anciens auteurs, disait que si le débiteur allègue avoir payé, il y a présomption de paiement par cela seul qu'il possède le titre, sauf au créancier à prouver le contraire (par exemple, que le billet lui a été surpris, ou qu'un tiers à qui il l'avait confié l'a remis au débiteur par abus de confiance); mais que s'il allègue

que le créancier lui a remis la dette, la possession du billet ne suffit pas pour établir la remise, qu'il faut encore qu'il prouve que le billet lui a été volontairement remis et rendu, attendu que la remise étant une libéralité, elle ne se présume pas.

Pothier dit que cette distinction n'est pas solide, et qu'on doit indistinctement décider que la possession du billet par le débiteur doit faire présumer qu'il lui a été rendu par le créancier, ou comme acquitté, ou comme remis, à moins que celui-ci ne justifie du contraire, par exemple, en prouvant que le billet lui a été volé.

Ce que dit Pothier est incontestable dans les cas ordinaires, où le créancier pouvait tout aussi bien libérer le débiteur par remise qu'en recevant de lui le paiement de la dette; mais la question reste entière pour les cas particuliers que nous avons supposés. Lorsqu'il y a un *pour acquit* mis sur le billet, elle présente moins de difficulté : il y a lieu de croire que c'est par paiement que la dette a été acquittée; car on ne dit guère d'une dette qui n'a point été payée réellement, mais qui a simplement été remise, que cette dette a été *acquittée*, quoique le débiteur soit libéré par là comme il le serait par un paiement; à plus forte raison s'il y a un *reçu*. Mais dans le cas où il n'y a rien autre chose que la remise du billet, la question est plus délicate, parce que, d'une part, les remises gratuites ne se présument pas, et d'autre part, que l'art. 1282 est placé sous la rubrique de la remise de la dette;

ce qui porte à penser que les rédacteurs du Code, en disant que la remise volontaire du titre par le créancier au débiteur fait preuve de la libération, ont considéré cette libération plutôt comme résultant d'une remise que d'un paiement. Cependant, comme ils se sont servis de l'expression générale de *libération*, et que la remise ne se présume pas facilement, nous inclinerions à penser que le débiteur serait censé libéré par paiement, jusqu'à preuve du contraire, et sauf aussi les circonstances particulières de la cause. On pourrait, au reste, le faire interroger sur faits et articles, et lui déférer le serment.

365. La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire (art. 1283).

Ainsi, indépendamment du cas de soustraction ou de tout autre cas de fraude, dont la preuve détruirait l'effét résultant de la possession du titre original en laquelle se trouverait le débiteur, le créancier, quand il s'agit seulement de la remise de la grosse, quoique faite volontairement, peut prouver qu'il n'a fait cette remise que pour telle ou telle cause, et non pour remettre la dette ou à raison d'un paiement reçu : par exemple, parce que le débiteur en avait besoin dans un procès qu'il avait alors avec un tiers. Le créancier a dû en effet être plus facile à faire cette remise que celle d'un titre original sous signature privée, puisqu'il savait qu'en remplissant les formalités prescrites,

il pourrait se faire délivrer une nouvelle grosse. Cependant, comme cela exige l'accomplissement de ces mêmes formalités, ou le consentement du débiteur (art. 844 Code de procéd.), on n'est pas présumé se dessaisir de la grosse sans motif; et de là résulte la présomption de la remise de la dette ou du paiement lorsqu'elle a eu lieu : mais ce n'est qu'une *présomption* qui peut être détruite par la preuve contraire, tandis que dans le cas de la remise volontaire du titre original par le créancier au débiteur, il y a *preuve* de la libération, sauf au créancier a prouver que la remise n'a pas été volontaire, ou qu'elle n'a pas été faite par lui, ou qu'elle ne l'a pas été au débiteur.

366. La remise faite par le créancier au débiteur, d'une simple expédition, non délivrée en forme de grosse, c'est-à-dire, non intitulée comme les lois, et non revêtue du mandement aux officiers de justice, ne fait point présumer la remise de la dette ni le paiement, parce que le créancier savait qu'il pourrait s'en procurer une autre en cette forme sans avoir besoin du consentement du débiteur et sans l'intervention du juge. L'art. 1283 parle de la remise de la *grosse;* or une simple expédition ou copie n'est point une grosse.

367. Ce que nous venons de dire touchant la remise volontaire de l'original sous seing privé ou de la grosse par le créancier au débiteur, s'ap-

plique au cas où cette remise a été faite à l'un des débiteurs solidaires : elle produit le même effet au profit des codébiteurs (art. 1284).

368. Mais la remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette (art. 1286) : elle n'est cependant pas absolument indifférente ; seulement elle ne *suffit pas :* d'où il suit qu'elle est une circonstance du nombre de celles qui peuvent fonder une de ces présomptions que la loi laisse à la sagesse du magistrat ; qu'ainsi dans les cas où il peut se décider par le secours de ces présomptions, c'est-à-dire dans les cas où la preuve testimoniale serait admissible (art. 1353), il pourrait faire résulter de la remise du gage, jointe à quelque autre circonstance, la présomption de libération, soit par remise de la dette, soit par paiement.

369. Le défaut de réserve d'une dette dans la quittance que le créancier donne d'une autre dette au débiteur de l'une et de l'autre, ne forme point de présomption de la remise ou du paiement de la première, quand bien même celle-ci se trouvait alors échue, et d'une date antérieure à celle qui a été payée. En général, chaque acte n'opère que pour l'espèce d'affaire qui y a donné lieu, et ne fait point préjudice aux autres affaires qui se sont passées entre les mêmes parties. L. 29, ff. *de oblig. et act.* et art. 2048 et 2049.

370. Il en est de même si, dans un compte entre

deux personnes qui étaient en relation d'affaires, l'une d'elles n'a pas compris un article de créance qu'elle avait contre l'autre : il ne résulte de cette omission aucune présomption de paiement ou de remise de cette créance; on doit présumer, au contraire, qu'elle n'a eu lieu que par pur oubli, ou par des raisons particulières qui ont empêché de la porter dans le compte, peut-être parce qu'elle pouvait donner lieu à des difficultés que l'on voulait éviter dans ce moment.

Cependant Papinien, dans la loi *Procula*, 26, ff. *de probationib. et præsumpt.*, décide qu'il y a libération par suite de présomption de remise tacite, si les trois circonstances suivantes concourent : 1° lorsque le créancier et le débiteur étaient unis par les liens du sang à un degré très rapproché (dans l'espèce, ils étaient frère et sœur), 2° lorsqu'il y a eu plusieurs comptes réglés entre eux sans que la créance dont il s'agit y ait été mentionnée; 3° enfin lorsque le créancier est mort sans en avoir demandé le paiement. Cette présomption ne pourrait être considérée aujourd'hui que comme une simple présomption de fait, attendu que le Code ne la consacre point comme présomption légale. Elle serait du nombre de celles que la loi abandonne à la sagesse du magistrat, mais par cela même elle ne pourrait servir de base à sa décision que dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales (art. 1353).

§ V.

Effet de la remise par rapport aux codébiteurs solidaires et aux cautions.

371. La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers (art. 1285).

372. Et même, dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise (*ibid.*).

Et si parmi les autres il s'en trouve d'insolvables, la portion des insolvables est contributoirement répartie entre tous les débiteurs, y compris celui qui a été déchargé de la solidarité par la remise (art. 1215); par conséquent, c'est au créancier à supporter dans la perte, la portion que le débiteur déchargé aurait eue à supporter lui-même.

C'est ce qui a été expliqué en traitant de la solidarité, au tome précédent.

373. La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions (art. 1782); car il ne peut plus y avoir de cautionnement lorsqu'il n'y a plus de dette. Et lors même que, par une nouvelle convention, le débiteur renoncerait au bénéfice de la remise, la caution n'en serait pas moins libérée, suivant ce que nous avons dit au tome X, n° 339 (1).

---

(1) *Veriùs est semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem, ulteriùs ei invito extorqueri non posse.* L. 62, ff. *de pactis.*

374. La remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal (même art.), attendu que la dette peut très bien subsister sans cautionnement.

375. Enfin la remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres (*ibid.*). Mais comme les cofidéjusseurs qui auraient à payer la dette ne pourraient exercer contre celui qui a été déchargé par la remise, le recours que leur accorde l'article 2033, et que, d'après l'art. 2037, le créancier est responsable envers les cautions de la perte ou de la diminution de ses actions résultant de son fait, il s'ensuit que, lors même que les cofidéjusseurs auraient renoncé au bénéfice de division, il ne pourrait les poursuivre que sous la déduction de la part de celui qu'il a libéré par la remise, et que s'il y en avait d'insolvables, il devrait supporter la portion que ce cofidéjusseur eût eue à supporter lui-même dans la perte. Il y a même raison que dans le cas de dette solidaire.

Mais nous entendons par cofidéjusseurs ceux qui se sont obligés par un même acte au paiement de la même dette; car la décharge donnée à une caution qui ne serait obligée que depuis l'engagement d'une autre, ne diminuerait point l'obligation de cette dernière, parce qu'en s'engageant elle n'a point compté ni dû compter sur la coopération de la caution déchargée : aussi n'aurait-elle pas à son égard le bénéfice de division (1); et Pothier décidait

(1) *Voyez* tome précédent, n° 186, vers la fin.

comme nous, que cette caution ne pouvait pas opposer au créancier l'exception *cedendarum actionum* pour avoir déchargé l'autre caution, dont l'engagement était postérieur au sien.

376. Lorsque la remise faite au débiteur résulte d'un concordat en forme, passé entre lui et ses créanciers, dans le cas de faillite, nous avons dit au tome X, n° 540, que la caution ne pouvait s'en prévaloir pour se prétendre libérée jusqu'à concurrence de la portion remise, parce que cette remise n'est point volontaire; qu'elle n'a lieu que pour tirer le meilleur parti de la créance; qu'elle est faite en considération de la position particulière du débiteur, et par conséquent qu'elle ne produit qu'une exception personnelle, que la caution ne peut invoquer. Enfin la dette subsiste toujours naturellement pour la partie remise, et cela suffit pour que le cautionnement ait encore un fondement, et pour repousser l'objection tirée de ce que la caution ne peut être obligée en plus que le débiteur principal. Il en est de ce cas comme de celui d'un mineur dont l'obligation a été réduite pour cause de minorité, en vertu de l'art. 485 : la caution ne pourrait prétendre profiter de la réduction; l'article 2012 s'y opposerait.

Cette décision a toutefois fait difficulté dans l'ancien droit. Pothier cite deux anciens arrêts, l'un, rendu au parlement de Paris, et qui est le 114ᵉ du Recueil de Montholon, l'autre au parlement de

Rouen, rapporté par Basnage, qui ont jugé, au contraire, que la caution doit profiter du bénéfice du contrat d'atermoiement, attendu qu'elle ne peut être obligée en plus que le débiteur principal; que d'ailleurs il serait injuste qu'après avoir payé la partie remise, elle n'eût pas de recours à exercer contre le débiteur pour cette partie, et que si elle devait en avoir un, ce recours empêcherait le débiteur de profiter du traité; qu'en admettant même que la caution dût subir la loi commune, et faire en conséquence une remise semblable sur ce qu'elle aurait payé pour la partie remise au débiteur, celui-ci ne profiterait pas de cette remise en son entier : par exemple, si on lui avait remis 50 p. 100, et que la caution fût obligée de payer ces 50, comme elle pourrait, dans ce système, réclamer 25 sur les 50 qu'elle a déboursés, le débiteur se trouverait en définitive avoir payé 75, tandis qu'à raison de sa position il ne devait payer que 50 de cette même dette, comme il n'eût payé que cela s'il n'y avait pas eu de cautionnement, ou si la caution eût payé la dette en totalité avant le traité, et fût venue à la place du créancier.

Mais le parlement de Paris lui-même a jugé, par arrêt du 22 mai 1682, rapporté à sa date dans le *Journal du Palais*, que la caution ne peut invoquer le contrat d'atermoiement, attendu que la remise qui en résulte est une remise forcée. Dans l'espèce, le créancier n'avait point consenti au concordat.

La L. 58, § 1, ff. *mandati vel contrà*, distinguait à cet égard : si le créancier avait consenti au traité, la caution pouvait l'invoquer ; dans le cas contraire, les droits du créancier était intacts contre elle, quoiqu'il fût d'ailleurs obligé de faire au débiteur la même remise que les autres créanciers.

C'est, entraîné par cette décision et par l'autorité de Cujas (1), que nous avions nous-même, dans notre *Traité des contrats*, etc. (nº 390 et suivans), distingué aussi entre le cas où le créancier n'est point intervenu au traité ou n'y est intervenu qu'avec réserve de tous ses droits contre la caution, et le cas où il l'a consenti purement et simplement : dans le premier, disions-nous, il a encore tous ses droits contre la caution ; mais dans le second, la caution est déchargée de la partie remise.

Aujourd'hui nous reconnaissons que, même dans le cas où le créancier a donné sa voix au concordat sans faire de réserve contre la caution, cette caution ne peut se prétendre déchargée pour la partie remise, car un acte de cette nature est toujours consenti en considération de la position personnelle du débiteur : c'est une remise forcée ; il ne doit en conséquence produire qu'une exception personnelle, semblable à celle d'un mineur cautionné par un majeur.

377. Mais nous n'appliquons point cette décision

(1) *Voyez* Cujas sur cette loi.

au cas d'un traité quelconque passé entre un débiteur et ses créanciers sans l'emploi des formalités prescrites pour la formation et la validité des concordats, et par cela même, dans le droit actuel, au cas d'un traité fait avec un non-commerçant; car un non-commerçant n'a pas aujourd'hui le droit de faire, avec la majorité seulement de ses créanciers, quoique réunissant d'ailleurs par leurs créances la presque totalité des sommes dues, un traité ou concordat obligatoire pour ceux qui n'y donnent point leur consentement (1). La remise serait donc réputée volontaire, et par cela même elle profiterait à la caution, conformément à l'art. 1287; comme elle profiterait, dans le même cas, aux codébiteurs solidaires, si le créancier n'avait réservé, en la faisant, ses droits contre eux, suivant ce qui a été dit au tome précédent, nº 226.

378. Dans le cas d'un concordat fait par un débiteur failli avec ses créanciers, et par lequel ils lui ont remis par exemple 50 p. 100, et accordé des termes pour le surplus, il y a quelque difficulté relativement à la caution qui a été forcée, suivant ce qui vient d'être dit, de payer ensuite la partie remise au débiteur : a-t-elle un recours à exercer contre lui pour ce qu'elle a payé? Mais alors il ne profiterait point du concordat, quant à cette dette; et lors même qu'on devrait dire, avec Pothier, que la caution doit

(1) *Vide suprà*, nº 243, et tome précédent, nº 226.

subir la loi commune, c'est-à-dire, dans l'espèce, faire remise de 50 p. 100 sur ce qui lui serait dû, le débiteur ne profiterait pas non plus du concordat suivant sa teneur, puisqu'en définitive il aurait à payer 75. p. 100, tandis, qu'il ne devait payer que 50.

D'un autre côté, il est bien rigoureux de déclarer la caution sans droit contre le débiteur, car elle a payé pour lui 50 p. 100. Qu'on l'obligeât à faire aussi une remise semblable à celle qui a été faite par le concordat, on le concevrait à la rigueur : elle subirait la loi commune, quoique assurément la chose ne fût pas sans difficulté, attendu que la caution n'a point figuré à cet acte et qu'en réalité elle n'est même devenue créancière du failli que du jour seulement où elle a payé, c'est-à-dire, dans l'espèce, postérieurement au concordat. Mais du moins ce serait là un de ces termes moyens auxquels on est quelquefois obligé de recourir pour concilier ce que demande l'équité avec les conséquences des principes du droit pur ; et d'ailleurs la caution se trouverait avoir par là ni plus ni moins que si elle avait payé ces 50 p. 100 avant la faillite, car, dans ce cas, elle eût figuré au concordat comme les autres créanciers, de la même manière qu'elle figure avec eux dans les distributions de deniers pour tout ce qu'elle se trouve avoir payé à la décharge du débiteur (art. 538 Cod. de comm.). Mais la déclarer tout-à-fait sans droit, cela semble, encore une fois, infiniment rigoureux, et contraire à la nature des principes du cautionnement.

Cependant l'on est bien obligé de le décider ainsi, pour que le concordat produise au profit du débiteur tous les effets qu'il doit produire ; et en envisageant la question sous toutes ses faces, l'on peut dire que si la caution eût payé tout ou partie de la dette avant la faillite, ou même depuis, mais avant la vérification et l'admission des créances, le débiteur n'aurait eu à lui payer, comme aux autres créanciers, que la quotité fixée par le concordat, et il n'eût toujours payé sur cette dette, comme sur les autres, que 50 p. 100 seulement : or, sa position doit-elle être aggravée par la seule considération que la caution n'a payé que depuis le concordat? Et celle de la caution doit-elle être meilleure que si cette caution eût payé toute la dette avant la faillite? Or, si elle eût payé toute la dette avant la faillite, elle eût également perdu 50 p. 100. Il est vrai que si elle n'eût payé que la moitié de la dette avant le faillite, elle eût recouvré 50 p. 100 sur ses déboursés, et sa position eût été différente, dans cette hypothèse, de ce qu'elle est lorsqu'elle n'a payé la partie remise que depuis le concordat; mais cela résulte de la force des choses, de ce qu'il y a nécessité que le débiteur retire du concordat les avantages qu'il a eu pour but de lui assurer en considération de sa position personnelle.

Il y a encore une autre raison qui doit le faire décider ainsi, malgré ce que cette décision, on le sent bien, paraît avoir de rigoureux : c'est qu'il ne doit pas dépendre du créancier de changer la po-

sition respective du débiteur et de la caution depuis la faillite; or, il la changerait à son gré, en se faisant ou non payer par elle avant la conclusion du concordat; car s'il était payé par elle, cette caution prendrait sa place dans le traité, et elle ne toucherait que 50 p. 100 sur ce qu'elle aurait déboursé, comme les autres créanciers, et le débiteur n'aurait toujours à payer que cette quotité. Dans le cas, au contraire, où le créancier ne se ferait payer par la caution la partie remise qu'après le concordat, cette caution exerçant ensuite son recours contre le débiteur, soit pour toute la somme payée par elle, soit seulement pour une partie, si l'on décidait que le concordat est obligatoire aussi pour elle, en réalité le débiteur ne profiterait point du bénéfice de ce traité quant à cette dette, ou il n'en profiterait qu'en partie, tandis qu'il doit en profiter intégralement, car ce n'est toujours que la même dette; et si l'on peut dire que la caution n'est réellement devenue créancière que du jour où elle a payé, il n'est pas moins vrai, d'un autre côté, que le principe de l'obligation du débiteur envers elle était dans le cautionnement même, quoique l'effet de cette obligation ne se soit réalisé que long-temps après; par conséquent, c'était une obligation antérieure à la faillite, et qui n'avait d'autre objet que celui de l'obligation principale elle-même. Enfin le système contraire deviendrait funeste aux autres créanciers, qui n'ont consenti le concordat à telle et telle condition qu'en considération de la position du débiteur; l'avoir de

celui-ci ne suffirait plus pour leur payer la quotité conservée par le traité, puisque les créances garanties par cautionnement feraient double emploi.

La question a été jugée en ce sens par arrêt de cassation, du 22 mars 1814 (1), en matière de lettres de change; mais la raison est la même dans les cautionnemens ordinaires. Voici l'espèce :

Le sieur Volquart, négociant à Gand, avait tiré sur le sieur Jean de Mulders, négociant à Amsterdam, différentes lettres de change que celui-ci avait acceptées.

Volquart fit faillite, sans avoir fait de provision pour le paiement de ses traites; en sorte que Mulders, obligé solidaire à raison de son acceptation (art. 140 Cod. de comm.). n'était à son égard qu'une caution ordinaire. (Art. 1216 Cod. civ.)

Volquart traita avec ses créanciers; ceux-ci consentirent à l'extinction totale de leurs créances respectives, moyennant le paiement de 30 pour cent. Ce traité fut homologué.

De Mulders fut lui-même obligé de faire faillite; il traita aussi avec ses créanciers, et s'obligea de leur payer 50 pour cent.

Lors de sa faillite, les traites de Volquart acceptées par lui, et montant à 49,946 francs, n'étaient point encore acquittées.

Les porteurs de ces traites eurent, suivant l'article 534 du Code de commerce, à recevoir 30 pour

---

(1) *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, année 1814, n° 48.

cent dans la masse de Volquart, tireur, et 50 pour cent dans celle de Mulders, accepteur : ils reçurent dans chacune de ces masses, le dividende qu'elle devait fournir.

Mulders ayant été forcé de payer aux porteurs de ces traites, 24,973 francs, formant les 50 pour cent de ses acceptations, demanda à Volquart le paiement de 7,492 francs, faisant les 30 pour cent de la somme par lui payée.

Volquart opposa à cette demande que, par son traité, devenu obligatoire pour tous ses créanciers, il avait été libéré de tous ses engagemens, à la charge de payer trente pour cent de chacune de ses dettes; qu'il avait payé ce dividende aux porteurs des traites en question, et que ceux-ci avaient droit de recevoir ce dividende, suivant l'art. 534 déja cité; qu'ainsi l'on ne pouvait plus rien exiger de lui à raison des mêmes traites.

La Cour de Bruxelles ayant condamné Volquart à payer, celui-ci s'est pourvu en cassation, et la Cour s'est déterminée par les motifs suivans :

« Considérant que le traité fait entre un failli et « ses créanciers, par lequel ceux-ci accordent à leur « débiteur failli l'extinction totale de leur créance, « moyennant le paiement d'un dividende convenu « et déterminé, emporte nécessairement la remise « du surplus des créances; en sorte que, sous quel- « que prétexte que ce soit, personne ne peut obliger « ce débiteur à payer au delà du dividende revenant « à chaque créancier;

« Que, d'après l'homologation, semblable traité « devient obligatoire pour et envers tous les créan- « ciers ;

« Qu'encore bien qu'il puisse exister plusieurs « coobligés solidaires au paiement d'une lettre de « change, comme le tireur et l'accepteur, la dette « du tireur est cependant unique ; qu'ainsi, quand « il est convenu par le traité qu'il en sera libéré en « payant trente pour cent, il ne doit plus que ce « dividende, et on ne peut rien exiger de lui au « delà ; que si l'accepteur n'est pas libéré, c'est que « son obligation particulière subsiste, et qu'il faut « qu'il l'exécute ;

« Que l'article 534 du Code de commerce dispose « que le créancier porteur d'engagemens solidaires « entre un failli et d'autres coobligés qui sont en « faillite, participe aux distributions dans toutes les « masses, jusqu'à son parfait et entier paiement; « mais que ni cet article ni aucun autre, ne dit ni « ne donne lieu d'induire que les masses auront succes- « sivement recours les unes vers les autres ; et qu'en « effet ces recours entraîneraient l'annulation des « concordats ; que les créanciers exigent du débi- « teur failli tout ce qu'il peut payer ; que, quand ils « ont traité avec lui à trente pour cent, c'est qu'ils « ont reconnu qu'il ne pouvait payer davantage ; « que si, à raison de quelque créance, on pouvait « exiger plus, le failli serait dans l'impuissance « d'exécuter son traité ;

« Que l'accepteur qui s'oblige solidairement avec le

« tireur, n'ignore pas que, si celui-ci faillit, il demeu-
« rera obligé, quoique le tireur, ayant fait faillite et
« ayant traité légalement avec ses créanciers, soit en-
« tièrement libéré de la dette, en payant le dividende
« convenu ; qu'il n'ignore pas que de ce traité même
« naîtra pour le débiteur failli une exception per-
« sonnelle contre toute demande qui pourrait lui
« être faite, pourvu qu'il justifie avoir payé le divi-
« dende convenu au porteur de la traite, qui avait
« le droit de la recevoir dans sa masse ;

« Que, dans l'espèce, il est reconnu que Vol-
« quart a traité avec ses créanciers à trente pour
« cent, que son traité a été homologué, qu'il a
« payé le dividende de trente pour cent aux por-
« teurs de ses traites; d'où il résulte qu'en le con-
« damnant à payer, à raison des mêmes traites,
« 7,492 francs à de Mulders, la Cour de Bruxelles a
« contrevenu à l'article 524 du Code de commerce
« et aux principes qui assurent la libération du failli
« en payant le dividende convenu par un traité lé-
« galement fait; par ces motifs, la Cour casse, etc. »

Ainsi, la question paraît décidée *in terminis* par la Cour de cassation.

379. Suivant l'article 1288, ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

« On a craint, disait l'orateur du gouvernement
« au Corps législatif, que le système contraire ne

« fût un moyen de fraude à l'égard des autres cau-
« tions, si le créancier et la caution s'entendaient
« pour que la somme payée ne fût pas imputée sur
« la dette. »

Nous avouerons qu'il nous est impossible de saisir comment cela pourrait être un moyen de fraude à l'égard des autres cautions, puisque, en convertissant à titre d'indemnité pour la décharge de son cautionnement, ce que cette caution aurait réellement payé sur la dette, elle se serait mise par cela même hors d'état d'exercer aucun recours contre ses cofidéjusseurs, n'en ayant libéré aucun.

La seule raison plausible que l'on puisse donner de cette disposition, c'est qu'il n'a pas paru juste qu'un créancier, d'ailleurs assuré, à raison de la parfaite solvabilité du débiteur, de toucher le montant de sa créance, pût retirer quelque chose en sus, en faisant acheter à une caution la décharge d'une responsabilité qui l'inquiète peut-être. Mais, au fond, cette disposition n'est pas à l'abri de critiques bien fondées : elle est contraire aux principes qui régissent les contrats aléatoires; car, comme la caution aurait supporté l'insolvabilité du débiteur, si celui-ci fût tombé en déconfiture, le créancier qui prend sur lui ce danger et qui fait ainsi une espèce de contrat d'assurance, en donnant décharge du cautionnement, devrait raisonnablement recevoir un prix en retour, et cependant il n'en reçoit aucun; il ne court que la chance de perdre, puisque, par l'effet de l'imputation sur la

dette, il ne peut jamais avoir au delà de son montant. On conçoit, d'après cela, qu'il ne fera jamais une semblable convention; et, s'il la faisait, ce ne pourrait être que par libéralité envers la caution, ou par composition, dans la crainte qu'elle ne devînt ensuite insolvable, ou ne prît des mesures pour éluder les poursuites qui seraient dirigées contre elle.

Quant à l'objection qu'il ne serait pas juste que le créancier retirât quelque chose en sus de sa créance, nous reconnaissons qu'elle n'est pas sans quelque force dans le cas où le débiteur serait parfaitement solvable, qu'il n'y aurait aucun danger à courir pour le créancier, que ce serait seulement pour faire acheter sa décharge à une caution craintive ou qui a besoin de montrer qu'elle est dans une position parfaitement nette, pour pouvoir traiter avec des tiers; mais lorsque la solvabilité du débiteur est douteuse au moment du traité, ou lorsque la dette est à une longue échéance, cas dans lequel cette solvabilité peut venir à diminuer, alors l'objection n'a réellement plus de force, et Pothier, qui est de notre sentiment, y avait répondu d'avance, en disant que ce que le créancier a reçu de la caution, il ne le retiendrait pas *sine causâ* indépendamment du montant de la dette reçue ensuite du débiteur, puisque ce serait le prix d'un risque qu'il avait pris sur lui, et dont il avait affranchi la caution; *sed statuit lex.*

SECTION IV.

De la compensation et des demandes reconventionnelles.

SOMMAIRE.

380. *La compensation est l'extinction des dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre.*
381. *Elle s'opère de plein droit, dans les cas et sous les conditions requises par la loi.*
382. *Elle est opposée comme moyen de libération, avec le même effet qu'un paiement.*
383. *Il arrive toutefois souvent qu'une des parties seulement peut l'opposer à l'autre.*
384. *Conditions générales requises pour la compensation de plein droit.*
385. *Il faut que les dettes aient pour objet des choses de même espèce, parce que la compensation n'est pas un échange.*
386. *Quand les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, il est fait raison des frais de la remise, s'il y échet; mais la compensation n'en peut pas moins s'opérer de plein droit.*
387. *La compensation s'opère facilement de plein droit quand les deux dettes sont de choses ou de denrées de même espèce et de même qualité.*
388. *Elle a lieu aussi quoique les paiemens ne dussent pas se faire en un même endroit, mais alors il est fait raison de la différence dans le prix des choses, s'il y en a.*
389. *Les prestations en denrées non contestées, et dont le prix est fixé par les mercuriales, se compensent avec des sommes liquides et exigibles.*
390. *La compensation s'opère même de plein droit comme dans les autres cas.*
391. *Des dettes de choses de même espèce, mais de qualité différente, ne se compensent pas, sauf aux parties à s'arranger à l'amiable.*

sation, si la prescription est arrivée avant l'accomplissement des conditions requises pour la compensation légale.

409. *Les rentes viagères ne sont point compensables avec d'autres dettes, sauf en ce qui concerne les arrérages échus lorsque la rente n'a point été donnée ou léguée à titre d'alimens.*

410. *Les rentes perpétuelles peuvent être opposées en compensation, sous certaines distinctions; mais la compensation n'a pas lieu de plein droit : conséquence.*

411. *Lorsque l'une des dettes n'est devenue exigible que parce que celui qui la doit a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, celui-ci peut l'opposer en compensation, mais la compensation n'a pas lieu non plus de plein droit.*

412. *Lorsque c'est par la faillite de l'une des parties que sa dette est devenue exigible, si cette dette est commerciale, l'autre partie ne peut pas l'opposer en compensation à la masse, pour se dispenser de payer sa propre dette.*

413. *Il faut que les dettes existent entre les deux parties dont l'une oppose la compensation à l'autre, en sorte qu'un tiers ne peut, pour éteindre ma dette, opposer à mon créancier la compensation de ce que celui-ci lui doit.*

414. *Proposition générale relative aux dettes dues à l'administrateur ou par l'administrateur des biens du débiteur ou du créancier.*

415. *Cas dans lesquels un mari, pour éteindre sa dette, peut faire valoir la créance de sa femme sur le créancier.*

416. *Et cas dans lesquels le créancier de la femme, débiteur du mari, ne peut opposer à celui-ci la compensation à raison de sa créance sur la femme.*

417. *Je ne puis opposer à un tuteur, mon créancier, la compensation de ce que me doit le mineur.*

418 *En sens inverse, un tuteur, mon débiteur, ne peut, pour éteindre sa dette, m'opposer la compensation de ce que je dois au mineur; ce qu'il peut ou doit faire dans ce cas pour conserver les droits du mineur.*

sée de son chef, la dette solidaire est éteinte par rapport à tous les codébiteurs.

432. Quid *quant aux créances d'une société sur le créancier de l'un des associés, ou* vice versâ.

433. *Le débiteur qui a accepté purement la cession faite par le créancier, ne peut opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant avant l'acceptation du transport.*

434. *Et il ne pourrait ensuite, en exerçant sa créance éteinte de droit par la compensation, faire valoir les priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'eût, lors de l'acceptation du transport, une juste cause d'ignorer l'existence de sa créance.*

435. *Et même, dans ce cas, le cessionnaire ne pourrait exercer les priviléges et hypothèques attachés à la créance cédée, parce qu'elle a été éteinte.*

436. *Seulement le débiteur se trouve personnellement obligé par son acceptation du transport; cela souffre encore quelques modifications.*

437. *A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été notifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.*

438. *Ainsi que des créances antérieures, mais qui ne réunissaient point alors les conditions requises pour pouvoir être opposées en compensation au cédant.*

439. *Mais si la créance du débiteur réunissait ces conditions au moment de la notification qui lui a été faite, il pourrait opposer la compensation au cessionnaire, quoique la créance cédée ne les réunît pas.*

440. *Le débiteur d'un effet de commerce ne peut opposer au porteur la compensation à raison de ce que lui devrait le souscripteur ou le tireur de l'effet, ou tel ou tel des endosseurs, sauf quelques cas d'exception.*

441. *Lorsqu'il y a eu plusieurs cessions successives d'une obliga-*

tion civile, le débiteur auquel elles ont seulement été signifiées peut généralement opposer au dernier cessionnaire la compensation qu'il a pu opposer à tel ou tel des cédans, et à raison aussi des créances qu'il a sur lui.

442. *Celui qui étant débiteur est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite entre ses mains par un tiers, ne peut opposer à celui-ci la compensation qu'il n'eût pu alors opposer au créancier.*

443. *Mais il peut toutefois venir avec les saisissans par contribution, lors même que sa créance ne serait née que depuis la saisie.*

444. *Celui qui achète un immeuble hypothéqué ou qui se rend adjudicataire dans une vente faite d'autorité de justice ou par expropriation, ne peut opposer en compensation de son prix, aux créanciers hypothécaires ou aux saisissans, ce qui lui est dû par le vendeur ou débiteur dépossédé, sauf à lui à venir par contribution avec les saisissans non hypothécaires ou privilégiés.*

445. *Règle générale, la compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une et l'autre dette, et quelle que soit aussi la qualité des parties.*

446. *Exceptions à l'égard d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé, ou confiée à titre de commodat ou de dépôt, et à l'égard d'une dette d'alimens déclarés insaisissables.*

447. *Lois romaines d'où ont été tirées la plupart de ces exceptions.*

448 *Objection faite sur les cas de prêt à usage et de dépôt, et réponse à l'objection.*

449. *La compensation peut du reste être opposée sur le jugement qui condamne aux dommages-intérêts faute de restitution de la chose, parce que c'est l'exécuter comme par paiement.*

450. *Le dépositaire peut retenir la chose déposée jusqu'à ce qu'il ait été remboursé des dépenses qu'il a faites pour la conserver ;* secùs *en matière de commodat.*

451. *Les dons et legs pour alimens étant déclarés insaisissables par la loi, quoique l'acte de donation ou le testament ne contienne pas la clause d'insaisissabilité, celui qui les doit ne peut, en général, opposer la compensation à celui auquel ils sont dus.*

452. *Application du principe aux dons et legs annuels faits aux hospices et autres établissemens de charité.*

453. *Le débiteur des alimens peut toutefois opposer la compensation de ce qui lui est dû pour la nourriture du créancier.*

454. *Lorsque toutes les conditions se rencontrent dans l'une et l'autre dette, la compensation les éteint de plein droit jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, avec tous leurs accessoires dans la même proportion.*

455. *S'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles sur l'imputation légale : conséquence à l'égard des tiers.*

456. *Celui dont la dette était éteinte de droit par la compensation, et qui a mieux aimé la payer, ne peut plus faire valoir les priviléges et hypothèques attachés à sa creancé, à moins qu'il n'eût une juste cause d'en ignorer l'existence lorsqu'il a payé sa dette.*

457. *Le principe et l'exception s'appliquent aussi au cautionnement.*

458. *Mais le principe ne s'applique pas au cas où la compensation ne s'etait point alors opérée de plein droit, encore que celui qui a payé sa dette eût pu l'opposer parce que sa créance particulière réunissait les conditions requises, tandis que l'autre ne les réunissait pas.*

459. *On peut faire valoir la compensation en appel comme en première instance, et même après le jugement, comme moyen d'execution de ce jugement.*

460. *Pourvu toutefois, si elle avait été opposée dans l'instance, que le juge ne l'eût pas écartée pour défaut de dette légitime.*

461. *Ce qu'on entend par* reconvention.

462. *Dans la coutume de Paris, il fallait que la demande en reconvention fût fondée sur des faits connexes à ceux qui servaient de base à la demande principale.*

463. *Les canonistes n'exigeaint pas cette condition.*

464. *On ne peut pas l'exiger non plus aujourd'hui, en sorte que les demandes en reconvention et les demandes à fins de compensation se confondent volontiers.*

465. *Comment on procède pour faire reconnaître la compensation lorsque l'une des parties ne tient aucun compte de celle qui s'est opérée, ou de celle que l'autre partie a personnellement le droit de lui opposer.*

466. *Si le tribunal saisi de la demande principale n'était pas, à raison de quelque circonstance, compétent pour connaître de l'existence ou de la validité de la dette opposée en compensation, le renvoi de la demande incidente devrait être prononcé.*

380. La compensation est l'extinction des dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre, dans les cas prévus par la loi (art. 1289). *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.* L. 1, ff. *de compensationibus.*

Ce mode d'extinction des obligations est fondé sur ce qu'il est plutôt de l'intérêt de chacune des parties d'éteindre sa dette par le moyen de sa créance, que de solder la première pour ensuite se faire payer de la seconde ; on évite par là des traditions inutiles : *Nam*, dit le jurisconsulte Balde, *quod potest breviùs per unum actum expediri compensatio, incassum protraheretur per plures solutiones et repetitiones.* C'est une sorte d'imputation que chacune des parties fait de ce qu'elle doit sur ce qui lui est dû :

elles se paient à elles-mêmes. Mais il faut pour cela que les choses dues soient de même espèce, puisqu'une dette doit être acquittée par le paiement de la chose due, et non par le paiement d'une chose différente.

381. Par ces motifs, la loi fait produire à la compensation ses effets de plein droit, même à l'insu des parties, et même malgré elles (art. 1299), de manière que les deux dettes sont éteintes *ipso facto*, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. (Art. 1290.)

382. Il faut sans doute que celui qui est poursuivi en justice en paiement de sa dette, nonobstant la compensation qui l'a éteinte, *allègue* que la compensation a eu lieu, car le juge ne peut le deviner; mais cela n'empêche point qu'elle ne se soit opérée de plein droit, si toutes les conditions requises par la loi se sont trouvées remplies : le juge alors ne fera que déclarer ce fait, et, en conséquence que la dette a été éteinte à telle époque, du moins jusqu'à concurrence de son montant, si elle est inférieure à celle du demandeur : en sorte que de ce moment les intérêts auront cessé de courir pour l'une et l'autre dette dans cette proportion, les priviléges et les hypothèques auront été effacés, et les cautions libérées dans la même proportion; et si la créance du défendeur était aussi forte que celle du demandeur, celui-ci serait condamné aux dépens, puisqu'il ne lui était plus rien dû.

383. Mais il arrive souvent que l'une des créances réunit toutes les conditions requises pour la compensation, tandis que l'autre ne les réunit pas, par exemple, parce qu'elle n'est pas liquide, ou que le terme n'en est pas encore échu, ou parce que l'une des dettes est d'un certain nombre de choses indéterminées, et l'autre d'un nombre de choses de la même espèce, mais dues déterminément : l'une des parties peut bien faire valoir la compensation, mais l'autre ne le peut dans plusieurs de ces cas; en sorte que la compensation est facultative. Nous en signalerons un assez grand nombre dans l'explication de la matière, et nous ferons ressortir les différences qu'il peut y avoir, dans les résultats, d'avec les cas où la compensation s'opère de plein droit.

Nous parlerons ensuite de la demande reconventionnelle.

Art. Ier.

Quelles sont les conditions requises pour que la compensation ait lieu de plein droit.

384. Pour que les dettes soient éteintes de plein droit par la compensation, il faut qu'elles réunissent les cinq conditions suivantes :

1° Qu'elles aient toutes deux pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce (1);

2° Qu'elles soient l'une et l'autre liquides;

3° Qu'elles soient toutes deux exigibles;

(1) Sauf la modification apportée par le second alinéa de l'art. 1291.

4° Que l'une d'elles soit due à la personne qui invoque la compensation, et l'autre à la personne à qui la compensation est opposée;

Et, 5°, que les dettes, ou l'une d'elles, ne soient pas du nombre de celles exceptées par la loi.

La réunion de toutes ces conditions fait que la compensation s'opère de plein droit, même à l'insu des parties, et les dettes sont éteintes jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

Analysons chacune de ces conditions en particulier.

PREMIÈRE CONDITION : *que les deux dettes aient généralement pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce.*

385. La compensation n'est point un échange; elle est au contraire l'image d'un paiement, il faut donc, pour qu'elle ait lieu, que l'objet de chacune des dettes puisse servir au paiement de l'autre; il faut que les choses dues soient *fongibles*, c'est-à-dire que chacune d'elles puisse faire la *fonction* d'éteindre l'autre dette : *res fungibiles sic dicuntur, quia una vice alterius fungitur.*

Compensatio debiti EX PARI SPECIE, *licet ex causâ dispari, admititur.* Paul, 2 *sentent.* 5, § 3.

386. La compensation s'opère sans difficulté lorsque les dettes, alors exigibles, sont l'une et l'autre d'une somme d'argent; mais l'article 1296 porte

que si elles ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

M. Toullier a écrit (1) que « cette compensation « ne produit donc son effet que du jour où elle est « *opposée*, avec offre d'une somme pour frais de re- « mise. Vous me devez, dit-il, une somme de 1,000 fr. « payable à Rennes, je vous en dois une payable à « Rome : la compensation de ces deux sommes ne se « fait pas de plein droit ; mais si je vous demande les « 1,000 fr. que vous devez me payer à Rennes, vous « pouvez m'opposer la compensation des 1,000 fr. « que je vous dois à Rome, en offrant l'escompte né- « cessaire pour faire passer cette somme à Rome. »

C'est là une erreur, dont les conséquences pourraient être graves. La compensation, au contraire, s'opère de plein droit dans ce cas comme dans celui où les dettes sont payables au même lieu, attendu que la diversité des lieux où elles sont payables, est une circonstance qui ne tient point à la *nature* des choses dues, et que le Code (article 1290) n'exige pas d'autres conditions, pour que la compensation s'opère de plein droit, même à l'insu des parties, si ce n'est que les dettes soient toutes deux d'une somme ou d'une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce. Aucun des articles qui traitent de la matière ne parle en effet de la circonstance que les dettes ne seraient

(1) Tome VII, n° 400.

pas payables dans le même lieu, comme faisant obstacle à la compensation de plein droit; seulement la loi veut que, dans ce cas, il soit fait raison des frais de la remise. M. Toullier s'est évidemment laissé entraîner à cette décision par ces mots : *on n'en peut opposer la compensation*, etc.; mais ces expressions ne signifient point que la compensation, dans ce cas, ne peut être que facultative, pas plus que, dans l'article 1294, elles ne signifient que la compensation que la caution *peut opposer* à raison de ce que le créancier doit au débiteur principal, est simplement laissée à la libre volonté du débiteur ou de la caution; au contraire, elle s'opère incontestablenent de plein droit. On trouve encore les mêmes expressions employées dans le même sens dans les articles 1295 et 1299. Le mot *opposer* est pris, dans ces divers articles, dans le sens de *déclarer* au magistrat, parce qu'il faut bien que celui qui a en sa personne une cause de compensation la déclare au juge, qui ne peut la deviner, puisqu'il serait bien tenu de déclarer un paiement, si c'était un paiement qu'il eût fait, afin de n'être pas contraint à payer de nouveau.

Il est vrai que, dans l'espèce, la compensation ne termine pas tout entre les parties, puisqu'il y aura à régler entre elle les frais de la remise; mais cela n'empêche pas qu'elle ne s'opère de plein droit, pas plus que la nécessité de calculer des intérêts n'y fait obstacle. Nous allons même démontrer quelle s'opère aussi de plein droit entre une dette de somme

et une dette de prestation en grain ou denrées dont le prix est fixé par les mercuriales.

Dans le droit romain, un créancier avait l'action *de eo quod certo loco* pour obliger son débiteur à payer, où il se trouvait, la somme qu'il devait, d'après le contrat, payer ailleurs, à la charge de lui faire raison de la remise; aussi la diversité des lieux où deux dettes entre les mêmes personnes étaient payables, ne faisait-elle aucun obstacle à la compensation, L. 15, ff. *de compens.;* et il était fait pareillement raison de la remise. Nous ne connaissons pas dans notre droit l'action *de eo quod certo loco*, mais nous avons admis la compensation comme dans le droit romain, nonobstant la diversité des lieux où les dettes sont payables, non seulement parce que cette circonstance ne touche point à la nature des dettes en elles-mêmes, mais aussi parce que la compensation est favorable. C'est ce que Domat et Pothier enseignent de la manière la plus positive, et ces auteus ne disent point que la compensation, dans ce cas, est simplement facultative; ils la considèrent comme s'opérant aussi de plein droit, si d'ailleurs toutes les conditions requises se trouvent concourir. Tout ce que l'on peut dire, c'est que dans le cas où, à raison de quelque autre circonstance, la compensation serait simplement facultative, celui qui l'opposerait devrait effectivement faire raison à l'autre partie des frais qui seraient nécessaires pour faire parvenir la somme qu'il doit au lieu où il devait la payer; mais lors-

qu'elle s'est opérée de plein droit, ce n'est pas nécessairement, s'il y a lieu à une remise, celui qui oppose la compensation qui doit en supporter les frais. La remise pourrait être, au contraire, en sa faveur; par exemple, si je dois payer à Marseille et que l'on doive me payer à Paris, la remise se réglera d'après la différence du cours du change de Paris sur Marseille, et du cours de Marseille sur Paris, cours qui varient selon les circonstances. Si donc le cours de Paris sur Marseille était d'un pour cent, et que celui de Marseille sur Paris fût de deux pour cent, la différence serait en ma faveur, parce qu'en me payant fictivement à Paris l'argent que je suis supposé vous avoir compté à Marseille et que vous êtes supposé m'avoir rendu à Paris, je vous ai dispensé de faire parvenir la somme de Marseille à Paris, opération pour laquelle vous auriez eu deux pour cent à dépenser; tandis que vous, en vous payant fictivement à Marseille avec la somme que vous deviez me compter à Paris et que je suis supposé vous avoir rendue à Marseille, je n'aurais eu à dépenser qu'un pour cent. La balance est donc en ma faveur. Mais il sera bien rare que, dans ces cas, l'on fasse de semblables calculs. Toutefois l'article 1296 autorise à les faire aussi bien que lorsque l'une des parties seulement peut opposer la compensation à l'autre, et qu'elle devait lui faire le paiement en un certain lieu, différent de celui où cette partie devait être payée. La raison d'ailleurs est la même.

387. Quand il s'agit de choses ou de denrées de même espèce et qualité, la compensation s'opère pareillement de plein droit sans difficulté, jusqu'à concurrence de la dette la plus faible, si les dettes sont inégales. Par exemple, vous me devez trente hectolitres de froment de bonne qualité, en vertu du testament de votre père, et moi je vous devais vingt hectolitres de froment de même qualité, que vous m'aviez prêtés avant sa mort : les deux dettes sont exigibles ; il y a compensation de plein droit ; ma dette est éteinte, et la vôtre l'est pareillement jusqu'à concurrence de vingt hectolitres.

388. Si les choses n'étaient pas livrables au même lieu, la compensation ne s'enopé rerait pas moins, quoique le prix des denrées varie beaucoup en raison des localités, sauf aux parties à se faire raison de la différence. Car le prix des choses est extrinsèque et ne touche point à leur nature; il n'empêche pas qu'elle ne soient de même espèce, et l'art. 1291 admet la compensation entre des dettes qui ont pour objet une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, sans exiger pour cela qu'elles soient payables au même lieu ; il suffit qu'elles soient également liquides et exigibles. Mais une dette de denrées est liquide quand on sait combien il en est dû, quoiqu'on ne sache pas au juste le prix de ces mêmes denrées. L'art. 551 du Code de procédure suppose bien qu'une dette de certaines choses peut être liquide quoique l'appré-

ciation n'en ait pas encore été faite en argent, puisqu'il dit qu'il ne sera procédé à aucune sasie mobilière ou immobilière, qu'en vertu d'un titre exécutoire et pour choses *liquides* et certaines; mais que si la dette exigible n'est pas d'une somme en argent, il sera sursis, après la saisie, à toutes poursuites ultérieures, jusqu'à ce que *l'appréciation* en ait été faite. Enfin l'art. 1296 écarte, d'une manière générale, l'identité de lieu où le paiement des deux dettes devrait être fait, du nombre des conditions requises pour la compensation.

389. Peu importe qu'il y ait ensuite un calcul à faire pour terminer tout entre les parties, on est bien obligé d'en faire un pour les frais de la remise dans le cas de dettes de sommes payables en des lieux différens, et même d'en faire un aussi lorsque l'une des dettes est une prestation en grain ou denrées; car d'après l'art. 1291, « les prestations en « grains ou denrées, non contestées, et dont le prix « est réglé par les mercuriales, peuvent se com- « penser avec des sommes liquides et exigibles. » Comme l'opération à faire dans ce cas est fort simple, puisqu'elle consiste seulement à consulter les registres qui constatent le cours des denrées, la loi n'en a point fait un obstacle à la compensation; par la même raison elle n'a pas dû non plus vouloir en faire un de la diversité des lieux où les dettes de choses de même espèce sont payables.

La compensation de prestations en grain ou den-

rées dont le prix est fixé par les mercuriales, avec des sommes, est au surplus une modification au principe que la compensation n'a lieu qu'entre des dettes de choses de la même espèce ; mais c'est parce que les denrées sont assimilées à de l'argent, attendu qu'elles sont en général destinées à être vendues, et qu'on peut s'en procurer quand on veut avec du numéraire. Cependant on exige pour que la compensation ait lieu, que le prix des denrées soit fixé par les mercuriales, afin qu'il ne s'élève pas de difficulté entre les parties touchant leur évaluation.

590. Mais dans ce cas, où l'une des dettes consiste en une prestation en grain ou denrées, la compensation s'opère-t-elle de plein droit, ou si elle est seulement facultative ? La question est importante, à cause des priviléges, hypothèques et cautionnemens, et à cause aussi de la prescription qui viendrait, sans la compensation, atteindre l'une des dettes sans atteindre l'autre.

Ce qui porterait à penser qu'elle ne s'opère pas de plein droit, ce sont ces expressions de l'article 1291 : « Les prestations en grain ou denrées.... « *peuvent se compenser avec des sommes liquides* « *et exigibles*, ce qui semblerait être une faculté laissée à l'une ou l'autre des parties d'en faire ou de n'en pas faire usage, pour éteindre sa dette. Mais, indépendamment de ce que ces mots, *peuvent se compenser*, tombent sur les choses elles-mêmes, et non sur les personnes, et n'expriment pas,

pour celles-ci, une simple faculté d'opposer ou non la compensation, il est bien certain que le débiteur de la prestation peut tout aussi bien la faire valoir à raison de la somme qui lui est due, que le débiteur de la somme à raison de la prestation à laquelle il a droit, car l'article ne distingue pas; et s'il en est ainsi, l'on n'aperçoit pas de motif qui aurait pu empêcher la loi de l'opérer elle-même dans ce cas comme dans les autres. D'ailleurs l'article qui la consacre fait suite à ceux qui établissent que la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi; et l'on peut même dire avec vérité que le Code ne statue explicitement que sur la compensation opérée de plein droit.

On a dit (1) que la dernière année ne se compensait pas (si ce n'est bien entendu d'un commun accord). L'on s'est fondé sur ce que l'art. 129 du Code de procédure veut que les jugemens qui condamneront à une restitution de fruits, ordonnent qu'elle soit faite en nature pour la dernière année, et pour les années précédentes, suivant les mercuriales, etc.; mais cela n'a aucun rapport avec la compensation pour prestation en grain ou denrées avec des sommes, cas régi par l'art. 1291 du Code civil, qui ne fait point cette restriction. On n'a d'ailleurs jamais confondu une *condamnation en restitution de fruits* avec une prestation en grain ou denrées. On entend ordinairement par *presta-*

(1) M. Toullier.

tions, des obligations en denrées, et quelquefois en argent, qui s'acquittent annuellement, ou à des termes périodiques plus courts, pendant la vie d'une personne (et alors elles prennent le nom de rentes viagères), ou bien pendant un certain nombre d'années déterminé. Mais ce n'est point là une condamnation à une restitution de fruits. Que dans ce dernier cas, la compensation pour la dernière année ne puisse être opposée à celui à qui la restitution est due, que lui seul ait le droit de l'opposer pour cette année, soit, mais voilà à quoi se bornerait l'application de cet article du Code de procédure; sans préjudice toutefois, dans le cas de prestations, de la disposition de l'art. 1293 du Code civil, suivant lequel la compensation n'a pas lieu à l'égard d'une dette qui a pour cause des alimens déclarés insaisissables.

Il paraît avoir été reconnu dans la discussion au Conseil d'état, que les denrées dues d'après un titre quelconque, peuvent aussi se compenser avec des sommes liquides et exigibles. Cela pourrait présenter des inconvéniens dans quelques cas, par exemple dans celui où une personne a acheté du grain pour faire ses semailles, et qu'au moment où elle croit le recevoir pour l'employer à cet usage, le vendeur refuse, *sub pretextu debiti*, de le lui livrer.

391. Quoiqu'en principe les dettes qui ont pour objet l'une et l'autre des choses de même espèce se compensent de plein droit, lorsqu'elles sont toutes

deux liquides et exigibles, néanmoins cela n'est vrai qu'autant que les choses dues sont de même qualité, car si vous me devez du vin d'une qualité recherchée, et que je vous doive du vin d'une qualité commune, il n'y a point de compensation de plein droit dans ce cas, sauf aux parties à s'arranger à l'amiable.

392. Il n'y en a pas non plus si je vous dois six pièces de vin indéterminées et que vous m'en deviez six déterminées ; car ces six dernières pièces de vin sont un corps certain, et les corps certains ne se compensent pas de plein droit avec les choses indéterminées, quoique appartenant à la même classe de choses, ou à la même espèce. Seulement je pourrais vous opposer la compensation, parce que si vous me payiez les six pièces de vin que vous me devez déterminément, il me serait loisible de vous les donner à mon tour en paiement, attendu qu'elles font partie de la classe de choses dans laquelle je puis prendre ce que je vous dois pour vous le payer. Il faudrait encore toutefois pour cela que ces six pièces de vin ne fussent pas d'une qualité tellement mauvaise, que vous fussiez bien fondé à ne pas les recevoir en paiement (art. 1246).

393. A plus forte raison, les corps certains ne se compensent-ils point avec d'autres corps certains, quoique de la même espèce. Ainsi, si je vous dois tel cheval, et que vous me deviez tel autre cheval, nous pourrons bien faire un échange, si cela nous

convient, même sans faire de livraison préalable, en consentant à ce que chacun de nous garde le cheval qu'il doit de son côté; mais ce ne sera pas une compensation véritable, surtout dans les principes actuels, où la propriété est transférée par le seul consentement sans qu'il y ait besoin de tradition (art. 1138), car, ce serait réellement une rétrocession que chacun de nous ferait à l'autre du cheval qu'il avait acquis, pour avoir la propriété de celui qu'il avait aliéné; par conséquent, un véritable échange.

394. Mais si vous me devez un cheval indéterminé, en vertu, par exemple, du testament de votre père, et que je vous en doive un aussi indéterminément, comme charge d'une donation qui m'a été faite, la compensation aura lieu sans difficulté, comme s'il s'agissait de deux dettes de sommes ou de denrées de même espèce, attendu que les choses dues sont aussi de même espèce; elles sont parfaitement *fongibles* dans le véritable sens de ce mot; l'un des chevaux représente parfaitement l'autre. Aussi l'on eût pu se dispenser, à la rigueur, d'ajouter dans l'art 1291, au mot *fongibles*, ceux-ci: *de la même espèce*; car les choses ne sont réellement point fongibles quand elles ne sont pas de la même espèce, puisque l'une ne représente pas l'autre; elles peuvent bien être de ces choses *quæ numero, mensurâ, pondereve constant*, comme disent les jurisconsultes romains, être aussi du nombre de

celles qui se consomment par l'usage, mais elles ne sont pas nécessairement pour cela des choses fongibles dans tous les cas; les choses ne sont fongibles que relativement à d'autres de la même espèce, dues à raison d'une autre obligation. Mais comme, par extension, on appelle ordinairement, dans la pratique, et même quelquefois dans la rédaction des lois, d'une manière absolue, choses fongibles, les choses qui se consomment par l'usage, les rédacteurs du Code, pour plus d'explication, ont cru devoir ajouter, quant à la compensation, au mot *fongibles*, ceux-ci : *de la même espèce.*

Si vous me deviez tel cheval, et que je vous en dûsse un en général, on appliquerait ce qui vient d'être dit sur le cas où je vous dois six pièces de vin indéterminées, et que vous m'en devez six désignées.

395. La compensation peut même avoir lieu pour des immeubles, et de plein droit : ainsi, dit Pothier, d'après Sébastien de Médicis (1). « Si vous m'aviez « vendu une part indivise que vous aviez dans un « certain héritage, et qu'avant que vous me l'eus- « siez livrée, je fusse devenu l'héritier d'une per- « sonne qui était votre débiteur d'une autre part « indivise dans le même héritage, vous pourriez « opposer contre la dette de la part de cet héritage, « dont vous êtes tenu envers moi, la compensation

---

(1) *Tractatus de compensationibus.*

« de la dette d'une part dont je suis tenu envers « vous. »

Ou bien encore : vous êtes propriétaire avec Paul, par indivis, d'un certain champ ; vous me vendez quatre arpens à prendre dans ce champ, sur votre part. Avant d'avoir partagé le fonds avec Paul, et m'avoir fait la délivrance des quatre arpens, je deviens l'héritier de Paul, qui vous a légué quatre arpens à prendre sur sa part dans ce même champ ; il y a compensation, parce que les deux dettes consistent *in eadem specie :* les quatre arpens que vous me devez représentent parfaitement les quatre arpens que je vous dois, comme ceux que je vous dois représentent parfaitement ceux que vous me devez.

396. On peut même opposer la compensation dans des obligations de faire, pourvu que les faits qui sont l'objet de l'une et de l'autre dette, soit absolument de la même sorte. Par exemple, si j'étais tenu de la façon de cent tonneaux à votre profit, d'après une convention arrêtée entre nous, et qu'avant l'exécution de cette convention, vous devinssiez l'héritier d'une personne qui s'était pareillement obligée envers moi à me faire un certain nombre de tonneaux de la même espèce, avec ma matière, ou qui vous eût chargé par son testament de me faire ces tonneaux, il y aurait compensation, et extinction des deux obligations jusqu'à concurrence de la plus faible.

DEUXIÈME CONDITION : *que les deux dettes soient liquides.*

397. Une dette est liquide, lorsqu'il est constant qu'il est dû, et que l'on sait combien il est dû : *cùm certum est an debeatur, et quantum debeatur.*

Une dette litigieuse n'est donc point liquide, et quand même il n'y a pas encore de procès commencé au sujet de la dette, si elle est contestée, elle n'est point liquide, et ne peut être opposée en compensation, à moins toutefois, comme l'observe Pothier, que celui qui l'oppose n'ait la preuve à la main de l'existence de la dette, et ne soit ainsi en état d'en justifier promptement et sommairement. *Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex quâ compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare; satis enim miserabile est post multa fortè variaque certamina, cùm res jam fuerit approbata, tunc ex alterâ parte, quæ jam penè convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi.* L. 14, Cod., *de compens.*

398. Cependant, de ce que celui à qui l'on opposerait un billet dénierait sa signature ou déclarerait ne pas reconnaître celle attribuée à son auteur, et qu'en conséquence il y aurait lieu à une vérification d'écriture, cela seul ne suffirait généralement pas pour faire obstacle à la compensation de plein droit. La plupart des dettes ne

sont constatées que par des actes sous signature privée, et il n'est pas vraisemblable que la loi ait voulu, en exigeant que les dettes soient liquides, que l'une des parties pût empêcher les effets de la compensation de plein droit, par une simple dénégation ou non reconnaissance d'écriture, qui, bien que la vérification soit sujette à un assez grand nombre de formalités, n'ôte réellement pas à la dette ce caractère, lorsque la vérification vient ensuite déclarer que la dénégation n'était pas fondée. Ce serait un moyen dont la mauvaise foi pourrait abuser trop souvent, pour prolonger le cours des intérêts d'une dette peut-être déja réellement éteinte depuis long-temps par la compensation, et pour d'autres motifs encore.

Mais si l'une des dettes ne peut être établie sans une instruction, parce qu'il y a des doutes fondés sur son existence, ou parce qu'il y a des exceptions à faire valoir contre cette dette, alors elle peut bien être l'objet d'une demande reconventionnelle, au moyen de laquelle le créancier pourra l'opposer en compensation à sa propre dette, mais la compensation ne produira ses effets que du jour où la demande en aura été faite, et par conséquent les intérêts de l'autre dette n'auront cessé de courir, et jusqu'à due concurrence, que de ce moment seulement.

399. En général, une dette pour administration de tutelle ou gestion des affaires d'un absent, et autre administration, n'est point liquide tant que

le compte n'a pas été rendu et arrêté ; d'après cela, elle n'est pas l'objet de la compensation légale ; car l'on ne sait pas s'il est dû et combien il est dû. Et si la liquidation du compte devait entraîner trop de difficultés et de lenteur, le demandeur pourrait conclure à ce que sa demande fût jugée, sauf au tribunal à statuer ensuite sur celle qui a été formée comme reconvention ou à fins de compensation.

TROISIÈME CONDITION : *que les dettes soient exigibles.*

400. Le mot *exigibles* n'est pas seulement employé ici pour exclure de la compensation légale les dettes de jeu et les dettes naturelles, dont nous allons parler, ainsi que les rentes, dont le remboursement ne peut être *exigé* que dans certains cas, et les dettes suspendues par une condition ; il est employé aussi pour exclure toute dette avec terme dont le terme ne serait pas encore échu.

401. Toutefois, le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation (art. 1292). N'ayant été accordé au débiteur que parce que celui-ci ne pouvait alors payer sa dette, du moment qu'il peut se libérer par le moyen facile de la compensation, c'est le cas de dire *cessante causâ, cessat effectus.* Et en effet, *Aliud est in diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis.* L. 16, § 1, ff. *de compensat.*

402. Assimilant, par ce motif, au délai accordé par le juge, celui qui est accordé par les créanciers

au débiteur failli, par un concordat fait avec lui, nous avions dit, dans notre traité *des Contrats*, etc., (nº 938), que ce dernier terme non plus ne fait pas obstacle à la compensation, dans le cas où le failli est devenu, depuis le concordat, créancier de l'un de ses créanciers; mais nous pensons que nous nous étions laissés entraîner par une fausse similitude : le débiteur doit profiter du bénéfice du concordat dans toute son étendue, à la charge d'en observer les conditions. Or, il n'en profiterait pas, si, au moyen de la compensation que viendraient à lui opposer ses créanciers, il se trouvait privé des délais qui lui ont été accordés. En traitant avec lui depuis le concordat, sans stipuler les mêmes termes, ils se sont obligés à le payer de suite, ou aux termes convenus. De plus, le concordat a été conclu dans l'intérêt de tous les créanciers, afin de tirer le meilleur parti de leurs créances, et si le débiteur, au lieu de pouvoir se faire payer de ce qu'un ou plusieurs de ses créanciers lui doivent maintenant, et qui se trouve échu, était obligé de souffrir la compensation, il ne pourrait remplir ses engagemens envers les autres, aux échéances convenues; ce qui établirait une différence injuste, et tout à fait contraire à l'esprit des concordats, entre les créanciers.

403. Quand l'une des dettes est sous une condition suspensive, il n'y a pas lieu à la compensation tant que la condition n'est pas accomplie; car non seulement le paiement n'est pas exigible, tel-

lement que s'il avait été fait par erreur, il y aurait lieu à la répétition, tant que la condition ne se serait pas réalisée (1); mais, de plus, c'est qu'il n'y a réellement point encore de dette; il y a seulement *spes debitum iri* (2).

404. Si la condition était simplement résolutoire, comme dans l'espèce d'une donation faite avec stipulation du droit de retour en cas du prédécès du donataire (art. 951), la compensation s'opérerait sans difficulté, si toutes les conditions requises se rencontraient, attendu que la condition résolutoire ne suspend ni l'effet ni l'exécution de l'obligation (art. 1183); sauf la réstitution dans le cas où celle qui aurait été mise viendrait ensuite à s'accomplir.

405. La compensation n'ayant lieu qu'entre des dettes exigibles, il est clair qu'on ne peut l'opposer à raison d'une dette de jeu ou pour un pari, puisque la loi ne donne pas d'action pour ces sortes de dettes (art. 1965); sauf les exceptions contenues dans l'art. 1966, et dans lesquelles, par cela même, la compensation pourrait avoir lieu.

406. Celui aussi à qui il est dû quelque chose simplement comme dette naturelle, ne peut non plus opposer la compensation, bien que le paiement d'une dette naturelle fait volontairement ne soit

---

(1) L. 18, ff. *de condict. indeb.* et art. 1168, 1181 et 1377 analysés et combinés.

(2) § 4, Instit. *de verb. oblig.*

pas sujet à répétition (art. 1235); mais c'est qu'il n'est pas pour cela *exigible*.

Les dettes naturelles se compensaient toutefois dans le droit romain avec d'autres dettes. L. 6, ff. *de compens*. Mais une dette de jeu n'était point regardée comme dette naturelle; aussi la répétition de ce qui avait été payé était admise sans difficulté, et même pendant cinquante ans (1). Chez nous elle n'a pas lieu lorsque le gagnant n'a usé ni de dol, ni de supercherie (art. 1967).

407. De ce qu'une dette naturelle, une dette non exigible, ne peut être opposée en compensation, il suit aussi que celui qui étant d'abord créancier d'un failli, lui a fait remise par concordat, par exemple de 50 p. cent, et qui est ensuite devenu son débiteur, ne peut lui opposer la partie remise en compensation de sa dette, quoique assurément cette partie soit encore due naturellement, si bien que le failli ne pourrait obtenir sa réhabilitation qu'en justifiant qu'il l'a acquittée, avec les frais et les intérêts (art. 605, Code de comm.); mais elle n'était point exigible.

408. Pareillement si, avant que les deux dettes aient réuni les conditions requises pour la compensation légale, le temps voulu pour la prescription de l'une d'elles vient à s'écouler, la dette prescrite

---

(1) Voyez le titre du Code *de aleatoribus*, et ce que nous avons dit sur les dettes de jeu et les paris, en parlant de la cause des obligations, tome X, n° 370.

ne pourra être opposée en compensation à l'autre, encore que celui qui serait poursuivi maintenant et qui voudrait opposer la compensation, eût été en droit de le faire à une certaine époque, parce que sa créance réunissait alors toutes les conditions requises; c'est sa faute de n'en avoir pas exigé le paiement. Mais si, pendant un temps quelconque, un jour seulement, toutes les conditions voulues pour la compensation avaient eu lieu à l'égard de l'une et de l'autre dettes, elle se serait opérée de plein droit, et à toute époque il se prétendrait justement libéré.

409. Lorsque l'une des dettes est une rente viagère, il est bien évident que la compensation n'a pas lieu, attendu que ni l'une ni l'autre partie ne pouvant prétendre que le droit est évaluable à telle ou telle somme (art. 1978 et 1979 analysés), le débiteur de la rente ne pourrait par cela même prétendre qu'il y a lieu à la compenser avec une somme exigible. Les parties pourraient seulement éteindre la rente d'un commun accord, sauf encore le cas où elle aurait été donnée ou léguée pour alimens, car, comme, dans ce cas, les parties ne pourraient compromettre sur le fond du droit (art. 1004, Code de procéd.), par la même raison elles ne pourraient l'éteindre directement elles-mêmes. Mais les arrérages échus de la rente se compensent même de plein droit, lorsqu'elle n'a pas été donnée ou léguée à titre d'alimens.

410. Quant aux rentes perpétuelles, établies soit pour aliénation d'un immeuble (art. 530), soit pour aliénation d'un capital mobilier (art. 1909), il est clair aussi que la compensation n'en a pas lieu de plein droit avec une autre dette, attendu que le capital de la rente n'est point *exigible*, du moins de droit commun (*ibid*); mais, à la différence du débiteur de rentes viagères, le débiteur de rentes constituées en perpétuel peut se libérer en offrant le remboursement du capital de la rente, s'il n'y a pas dans le contrat de stipulation qui lui interdise l'exercice de cette faculté avant un certain temps qui ne serait point encore expiré (art. 530 et 1911). S'il n'en existe pas, il peut faire des offres de remboursement, au moyen de la somme qui lui est due par le créancier de la rente, et de ce moment la compensation s'opérera, et le cours des intérêts de la créance et des arrérages de la rente cessera. Mais nous ne pensons pas que le débiteur de la rente à qui il serait dû une somme inférieure à son capital, pût ne l'éteindre que pour partie seulement, attendu que la loi n'autorise pas le remboursement partiel; le créancier ne peut être forcé de dénaturer son contrat, en le morcelant, à chaque moment, ce qui serait possible dans ce système. Le débiteur de la rente doit donc offrir en espèces le supplément, en faire la consignation, au refus du créancier de recevoir, et les intérêts et arrérages cesseront de courir du jour du dépôt. (Art. 1259-2° analysé.)

Si le créancier de la rente est en droit d'exiger

son remboursement, parce que le débiteur a cessé pendant deux ans de remplir ses obligations, ou parce qu'il a manqué de fournir les sûretés promises par le contrat (art. 1912), ou, par la même raison, parce qu'il a diminué par son fait celles qu'il avait données (art. 1188), alors, en formant sa demande en remboursement, le créancier peut opposer la compensation avec ce qu'il doit de son côté au débiteur; mais la compensation ne datera que du jour de la demande.

Dans ces divers cas, comme elle n'a pas lieu de plein droit, celle des parties qui peut en faire usage et qui a négligé de le faire, n'a point à craindre l'application de l'art. 1299; en conséquence, en exerçant sa créance, elle peut faire valoir les privilèges et hypothèques qui y seraient attachés, et elle consèrve son action entiere contre la caution, s'il y en a une.

411. En effet, quand l'une des dettes n'est devenue exigible que parce que celui qui la doit a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (art. 1188), la compensation, évidemment, n'a pas lieu de plein droit, parce que le fait des diminution de sûretés peut donner lieu à une instruction et à un jugement. Or, si, lorsque l'une des dettes n'est pas liquide, cette circonstance fait obstacle à la compensation légale, il en doit être de même dans le cas dont il s'agit. La compensation ne daterait donc pas du jour où le jugement

qui serait rendu ferait rapporter les faits qui ont diminué les sûretés données par le contrat; elle s'opérerait seulement du jour de la demande en paiement de cette même dette, et ce ne serait que de cette époque que cesserait le cours des intérêts de l'autre dette.

Et si ce créancier ne veut pas profiter du droit de faire déclarer son débiteur déchu du bénéfice du terme, il n'a pas non plus à craindre pour cela l'effet de l'art. 1299 cité plus haut; car sa dette n'a pas été éteinte *de plein droit par la compensation*, ce qu'exige cet article pour que sa disposition soit applicable.

412. Lorsque l'une des dettes n'est devenue exigible que parce que celui qui la doit est tombé en faillite, il faut distinguer quelle est la nature de cette dette.

Si c'est une dette non commerciale, n'importe la nature de l'autre dette, le créancier du failli peut, selon nous, opposer la compensation à la masse, si d'ailleurs il n'y avait pas d'autre obstacle à la compensation que la non échéance du terme de sa créance; car, par la faillite, cette créance est devenue exigible (art. 1188, Cod. civ. et 448, Cod. de comm.), et par conséquent elle a pu et dû se compenser à l'instant même de la faillite. On ne peut pas dire que, par l'état de faillite, qui forme opposition dans l'intérêt de la masse des créanciers, ces mêmes créanciers ont eu, pendant un temps quelconque, un droit

acquis à la créance du failli ; sauf à l'autre partie ses droits sur la masse, puisqu'à l'instant même où l'état de faillite a produit ses effets à leur profit, il les a produits aussi en faveur du créancier du failli, en rendant sa créance exigible.

Mais si la créance sur le failli est commerciale, n'importe aussi la nature de la sienne, la compensation ne s'est point opérée, et le créancier du failli est obligé de payer sa dette à la masse, sauf à venir comme les autres créanciers aux distributions pour le paiement de sa créance, et à exercer ses priviléges et hypothèques, s'il en a.

En effet, le failli lui-même n'eût pu valablement, dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de sa faillite, payer sa dette commerciale non échue ; le paiement qu'il en eût fait eût été sujet à rapport, d'après l'art. 446 du Code de commerce; dès lors on ne peut supposer que la loi elle-même l'ait fait par voie de compensation au moment de la faillite. C'est ce qui a été jugé par arrêt de cassation, du 12 février 1811 (1) : « Attendu, porte l'arrêt, que toutes « les lois sur les faillites, tant nouvelles qu'anciennes, « ayant voulu qu'au moment de l'ouverture de la « faillite, les droits des créanciers demeurent invariablement fixés, et même que *tous les paiemens* « *faits pour dettes commerciales non échues dans* « *les dix jours qui l'ont précédée*, *soient rapportés*, « il est impossible de supposer que la faillite puisse

(1) *Journal de jurisprudence du Code civil*, tome XVI, pag. 265.

« donner à un créancier, *porteur d'effets de com-*
« *merce non échus*, le droit de se faire payer en
« entier par voie de compensation d'une créance
« *dont il aurait dû rapporter le montant, s'il l'avait*
« *reçu dans les dix jours qui ont précédé la faillite;*
« qu'un pareil privilége accordé à un créancier au
« préjudice des autres ouvrirait une porte trop large
« aux abus, et faciliterait les moyens d'éluder les
« règles que les lois ont établies pour conserver l'ac-
« tif du failli et maintenir l'égalité entre les créan-
« ciers, etc., casse l'arrêt de la Cour de Bruxelles. »

Quoique l'arrêt de cassation appuie assez visiblement sur la circonstance que la dette du failli était une dette commerciale non échue au moment de la faillite, nous devons néanmoins faire observer que la Cour a établi d'une manière générale, dans les autres considérans de l'arrêt, que l'ouverture de la faillite prend et maintient les choses dans l'état où elles sont au moment où elle a lieu, ce qui tendrait à faire rejeter la distinction que nous avons faite entre le cas où la dette du failli n'est point commerciale, et le cas contraire. Mais d'un autre côté, la Cour n'avait point à statuer sur la première hypothèse, et puisqu'elle a rappelé avec soin les principes sur les paiemens des dettes commerciales non échues faits dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, c'est apparemment parce qu'elle a attaché de l'importance à la circonstance que la dette non échue du failli était commerciale. Quoi qu'il en soit, la question

resterait au moins entière, d'après l'arrêt, pour le cas d'une dette non commerciale; mais nous croyons qu'elle doit être décidée en faveur du créancier de la faillite; les raisons que nous avons données nous paraissent décisives.

Quatrième condition : *que des deux dettes, l'une soit due à celui qui fait valoir la compensation, et l'autre à celui à qui elle est opposée.*

413. On a vu précédemment (nº 17) qu'un tiers, qui peut bien payer ma dette, même malgré mon créancier, ne peut cependant pas, contre le gré de celui-ci, faire valoir la créance qu'il a sur lui, pour éteindre mon obligation (1); sauf à ce tiers à me céder son action, et à moi à faire valoir la compensation comme cessionnaire, et sauf aussi à lui à faire entre mes mains saisie-arrêt et à opposer ensuite à mon créancier la compensation pour la somme qui lui reviendrait dans la distribution faite sur la saisie. Car, en principe, la compensation n'a lieu qu'entre ceux qui sont créancier et débiteur l'un envers l'autre.

414. De là, je ne puis prétendre que ma dette est éteinte par la compensation, au moyen de la créance qu'a sur mon créancier une personne dont j'administre les biens; comme, *vice versâ*, mon débiteur ne peut prétendre que sa dette est éteinte

---

(1) L. 18, § 1, ff. *de compens.*

par la compensation, au moyen de la créance qu'il a sur cette personne; mais il est toutefois besoin de quelques explications.

415. Quant à la créance qu'a une femme sur le créancier de son mari, il faut distinguer sous quel régime les époux sont mariés, pour connaître si cette créance a éteint, par voie de compensation, la dette du mari; car elle l'aura éteinte toutes les fois que, à raison de la nature du régime adopté par les époux, elle sera plutôt la créance du mari que celle de la femme.

Cela ne souffre aucune difficulté dans le cas où les époux sont mariés en communauté ordinaire, puisque la créance est tombée dans cette même communauté (art. 1401), dont le mari a la libre administration. En opposant en compensation au tiers la créance dont il s'agit, il use donc d'un droit qui lui appartient.

Bien mieux, il peut faire servir la créance de sa femme sur le tiers, à l'extinction de sa dette, encore qu'il ait adopté le régime d'exclusion de communauté sans séparation de biens. En effet, sous ce régime comme sous celui de la communauté, il perçoit aussi tout le mobilier que la femme apporte en dot, ou qui lui échoit pendant le mariage, sauf la restitution qu'il en doit faire après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée par justice (art. 1531); et comme, lorsqu'il s'agit de sommes ou de choses qui se con-

somment par l'usage, il n'en pourrait jouir sans les employer ou les consommer, il est clair qu'il devient propriétaire de l'objet de la créance, sauf la restitution qu'il devra faire de la même valeur : d'où il suit que cette créance se compense parfaitement, et même de plein droit, avec sa dette.

Il faut en dire autant du cas où les époux sont mariés sous le régime dotal proprement dit, et que la créance de la femme fait partie de la dot; car le mari a seul le droit de poursuivre les débiteurs de la dot et de les libérer. (Art. 1549.)

La même décision enfin s'appliquerait aussi au cas où les époux seraient mariés en communauté réduite aux acquêts, ou que, mariés sous le régime de la communauté ordinaire, la créance de la femme serait une donation ou un legs fait sous la condition que l'objet restera propre à la femme (art. 1401). Dans ces cas aussi, c'est le mari qui perçoit le mobilier qui échoit à la femme pendant la communauté, sauf les prélèvemens ou restitutions tels que le droit (art. 1428, 1498 et 1528 analysés et combinés); et si cette créance consiste en une somme ou en une chose qui se consomme par l'usage, le mari en devient propriétaire, afin d'en pouvoir jouir : dès lors la compensation s'opère, même de plein droit, entre lui et son créancier.

Le motif sur lequel la compensation est fondée, celui d'éviter des traditions inutiles, a absolument la même force dans ces cas que dans les autres;

car, si le tiers payait sa dette au mari, ainsi qu'il le devrait, ou si le mari payait la sienne au tiers, celui qui aurait reçu serait obligé de rendre aussitôt à l'autre les mêmes choses pour se libérer; or, la loi, sous peine d'inconséquence, a dû vouloir que la compensation pût s'opérer aussi dans ces cas, et même de plein droit.

Mais lorsque les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens, ou que la séparation de biens a été prononcée en justice, ou enfin que, mariés sous le régime dotal, la créance de la femme sur le tiers fait partie de son paraphernal, alors la compensation ne s'opère point entre le mari et le tiers, sauf à la femme à céder son action à son mari, ou à lui donner mandat pour en toucher le montant; auquel cas le mari pourrait, s'il était poursuivi par son créancier, faire valoir cette cession ou ce mandat pour obtenir sa décharge, en lui en donnant une. Mais la compensation n'aurait lieu que de ce moment, et par conséquent les intérêts de la créance du tiers auraient couru jusqu'à cette époque.

417. Lorsque, *vice versâ*, c'est la femme qui est débitrice envers quelqu'un dont le mari est créancier, le débiteur du mari ne peut pas lui opposer la compensation; toutefois il en est autrement lorsque le mari est tenu de répondre à l'action contre la femme (1); et il serait tenu d'y répondre si,

---

(1) Suivant la loi 19, ff. *de compens.*, un débiteur peut opposer au

commun en biens, il s'agissait d'une dette de la femme tombée à la charge de la communauté, soit parce que la dette était antérieure au mariage (article 1409), soit parce qu'elle serait relative à une succession échue à la femme pendant le mariage, et acceptée du consentement du mari (art. 1411 et 1416), soit enfin parce que la femme se serait obligée du consentement de ce dernier (art. 1419). Dans ces divers cas, la compensation s'opérerait même du chef du mari, puisque la dette de la femme serait devenue la sienne; aussi s'opérerait-elle de plein droit.

Le tiers pourrait aussi lui opposer la compensation, s'il s'agissait d'une dette qui fût une charge de la dot de la femme mariée sous le régime dotal proprement dit, ou s'il y avait entre les époux exclusion de communauté sans séparation de biens, et que le mari eût dans ses mains des deniers appartenant à sa femme, ou enfin, en cas de séparation de dettes, s'il avait, sans inventaire ou état authentique préalable, confondu dans la communauté le mobilier apporté par la femme lors du mariage, ou qui lui est échu depuis. (Art. 1510.)

417. Je ne puis opposer à un tuteur, mon créancier, la compensation de ce que me doit son pupille, non seulement parce que ce sont deux personnes distinctes, mais encore parce qu'il serait

---

maître d'un esclave, la compensation de ce qu'il lui doit à raison du pécule de l'esclave.

possible que le tuteur n'eût rien entre les mains appartenant au mineur; sauf à moi à poursuivre ce dernier dans la personne de son tuteur.

418. Si c'est moi qui suis créancier du tuteur, et débiteur du mineur, et que le tuteur me poursuive en cette qualité, je ne puis non plus opposer, pour faire rejeter la demande, ma créance sur lui, car j'opposerais de la sorte la compensation au mineur, qui ne me doit rien, et dont je suis au contraire le débiteur : *Id quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniæ quam ipse tutor suo nomine adversario debet.* L. 23, ff. *de compens.*

Dans cette espèce, si c'est moi qui poursuit le tuteur, il ne peut, il est vrai, m'opposer la compensation à raison de la créance du mineur sur moi, quoique ce soit lui qui doive en toucher le montant, car ce n'est pas à lui que je dois; mais comme il est de son devoir de faire payer ce qui est dû au mineur, il pourra se faire autoriser par la justice à retenir, sur ce qu'il me doit, la somme suffisante à cet effet. Il peut et même doit faire pour celui dont les intérêts lui sont confiés, ce que tout autre de mes créanciers pourrait faire pour la conservation des siens; or, mes créanciers pourraient saisir-arrêter entre les mains du tuteur ce que celui-ci me doit. Mais, indépendamment de ce qu'il supporterait les frais de ma demande, et que les intérêts de l'une et de l'autre créance n'au-

raient pas cessé de courir, les résultats ne seraient pas les mêmes dans le cas où d'autres de mes créanciers viendraient à saisir entre ses mains avant qu'il ne fût statué sur la somme qu'il doit garder par devers lui pour acquitter ma dette envers le mineur ; car alors il y aurait lieu à une distribution par contribution entre ce dernier et ces créanciers, par suite de laquelle le mineur n'aurait peut-être qu'une somme inférieure à celle qui lui est due, et ce serait cela seulement que le tuteur pourrait retenir.

419. Il est clair aussi que je ne puis opposer à un receveur public, pour me dispenser de payer mes contributions ou certains droits, ce qu'il peut me devoir de son côté, pas plus qu'il ne pourrait prétendre que sa dette envers moi a été éteinte par la compensation, à raison des sommes que je devrais à l'état pour contributions ou autres droits, dont la perception serait de sa régie ou bureau, lors même que le paiement de ces contributions ou droits serait exigible depuis telle ou telle époque. Loi *penult.* Cod. *de compens.*

520. Je ne pourrais même faire valoir, pour me dispenser de payer ces droits, la créance que j'aurais sur l'état lui-même. La loi 1, *Cod. hoc tit.* permettait cependant d'opposer la compensation au fisc, pourvu toutefois que les deux dettes fussent dépendantes de la même régie ou bureau, et la loi 3, au même titre, apportait à cette disposition di-

verses exceptions, au nombre desquelles étaient les tributs. Mais il n'est guère d'usage, dans l'état actuel de l'administration, d'admettre la compensation, quoiqu'il ne s'agisse pas d'impôts, et que les deux dettes soient dépendantes de la même régie ou bureau. Cela pourrait apporter du dérangement dans l'ordre de la comptabilité, et puis la réclamation du créancier ne serait peut-être pas de la compétence du receveur ou préposé de l'administration dans laquelle se placeraient l'une et l'autre créance.

On pouvait anciennement opposer la compensation à des villes, communes, établissemens publics et corporations : il n'y a rien de contraire dans le Code : néanmoins la décision serait susceptible d'exception dans plus d'un cas, selon la nature de la dette opposée en compensation, et de celle due à la ville ou établissement, et selon aussi d'autres circonstances.

421. Comme un héritier est censé ne faire qu'une seule et même personne avec son auteur, il est clair que si je suis débiteur de Paul, héritier de Philippe, et que Philippe soit mon débiteur, je puis opposer à Paul la compensation à raison de ce que me devait son auteur; car c'est réellement l'opposer au débiteur actuel. Toutefois je ne puis la lui opposer que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire; comme, en sens inverse, il ne pourrait me l'opposer à raison de la créance du défunt pour

éteindre la dette qu'il aurait contractée envers moi, que jusqu'à concurrence seulement de la part pour laquelle il est héritier. Loi *ult.* Cod. *de contrario judict. tut.*

Et s'il n'avait accepté la succession de Philippe que sous bénéfice d'inventaire, je ne pourrais lui opposer la compensation, à raison de la créance que j'ai sur la succession, et pour éteindre la dette que j'ai contractée envers lui, que jusqu'à concurrence seulement de ce dont il serait tenu d'après l'état de l'inventaire, et toujours dans la proportion de sa part héréditaire. Voët, *ad Pandectas*, *tit. de compens.* nº 11. Dans ce cas, la compensation n'aurait pas toujours lieu de plein droit dès l'exigibilité de l'une et l'autre dettes, attendu qu'il pourrait y avoir lieu à une évaluation de ce que devrait l'héritier d'après l'inventaire, ce qui empêcherait, dans beaucoup de cas du moins, que sa dette, en sa qualité d'héritier bénéficiaire, ne fût liquide tant que cette appréciation ne serait pas faite.

422. Le principe que la compensation ne s'opère qu'entre ceux qui sont réciproquement créanciers l'un de l'autre, ne fait point obstacle à ce que la caution l'oppose au créancier à raison de ce que celui-ci doit au débiteur (art. 1294); car la caution ne doit qu'autant qu'il y a dette; or, par la compensation, la dette s'est éteinte de plein droit (article 1290). La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui ne sont pas purement

personnelles au débiteur, c'est-à-dire toutes celles qui ne résultent pas de la condition et de la qualité du principal obligé, et que, pour cela on appelle exceptions *réelles*, parce qu'elles portent sur la dette elle-même, et ne sont point seulement attachées à la personne du débiteur (articles 2012 et 2036 combinés).

Et quand bien même la compensation ne se serait point déja opérée de plein droit au moment de la demande formée par le créancier contre la caution, parce que l'une et l'autre dettes ne réunissaient pas alors toutes les conditions requises, par exemple, parce que celle due au créancier n'était pas encore liquide, si celle qui est due au débiteur cautionné les réunit, la caution peut opposer la compensation à la demande formée contre elle, et dès ce moment le cours des intérêts cessera. Elle peut invoquer la compensation facultative dont peut faire usage le débiteur principal.

423. Quant au cas où la caution se serait obligée solidairement avec le débiteur principal, l'art. 2021 dit bien que son obligation, dans ce cas, est régie par les principes des obligations solidaires, et l'article 1294 porte que l'un des débiteurs solidaires ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à un codébiteur : mais, quel que soit le sens de cette dernière disposition, que nous allons expliquer, il n'est pas moins vrai que la caution ne perd pas son caractère de caution pour s'être obli-

gée solidairement; seulement elle est privée du bénéfice de discussion, ainsi que le dit le premier de ces articles, et du bénéfice de division, suivant l'article 1203. Elle est toujours caution par rapport au débiteur, et par conséquent elle peut, en cette qualité, opposer la compensation de ce qui est dû à celui-ci par le créancier. D'ailleurs ce créancier est réellement payé, au moyen de sa décharge envers son propre créancier.

424. Le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution (art. 1294). La dette peut subsister quoique la caution se trouve déchargée, tandis qu'il ne peut y avoir de cautionnement dès qu'il n'y a plus de dette, et il n'y en a plus dès qu'elle est éteinte par la compensation.

Au surplus, au moyen d'un arrangement entre la caution et le débiteur, valant cession de la créance de cette caution, la compensation pourra être opposée.

425. Si la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, à plus forte raison peut-elle la lui opposer à raison de ce qu'il lui doit à elle-même, si d'ailleurs la créance de cette caution réunit les conditions requises à cet effet; car celui qui compense, paie.

Toutefois, la compensation ne s'opérerait pas de plein droit entre le créancier et la caution, quand bien même l'une et l'autre dettes réuniraient toutes les conditions requises pour la compensation lé-

gale, et que la caution aurait renoncé au bénéfice de discussion; car ce n'est point sa dette personnelle: seulement, si elle est poursuivie pour la dette qu'elle a cautionnée, alors elle pourra opposer la compensation, mais qui ne datera que de ce moment. A plus forte raison, en serait-il de même si elle n'avait pas renoncé au bénéfice de discussion, puisque, dans ce cas, elle pourrait éviter de payer pour le débiteur principal, si celui-ci était en état de se libérer. D'après cela, si le débiteur vient à payer lui-même sa dette, même depuis que les deux créances ont réuni toutes les conditions requises pour la compensation légale, cette caution n'en pourra pas moins, sans craindre l'application de l'art. 1299, fait valoir, en exerçant sa créance, tous les priviléges et hypothèques qui y seraient attachés, et poursuivre la caution qui lui aurait été donnée à elle-même, puisque cette créance n'a jamais été éteinte par la compensation.

426. Suivant les mêmes principes, un fidéjusseur ne peut invoquer la compensation de ce que le créancier doit au cofidéjusseur, attendu que celui-ci n'ayant pas compensé de plein droit avec le créancier, il n'est pas censé avoir payé la dette.

427. Mais si, poursuivi par le créancier, ce cofidéjusseur lui a opposé la compensation de son chef, et qu'en conséquence il ait été renvoyé de la demande, sur le fondement que la dette a été éteinte par ce moyen, la compensation qu'il a opposée

équivaut à un paiement réel, et la dette est éteinte non seulement par rapport à lui, mais encore par rapport aux cofidéjusseurs et au débiteur lui-même. On ne contesterait pas, dans ce cas, au cofidéjusseur qui a fait valoir la compensation, qui a ainsi donné quittance de sa propre créance, le droit de recourir contre ses cofidéjusseurs, en vertu de l'article 2033, et contre le débiteur principal, d'après l'art. 2029, puisqu'il a employé du sien pour satisfaire le créancier, et qu'il les a libérés tous envers ce dernier, comme il l'eût fait par un paiement proprement dit : donc ils peuvent se prévaloir de la cause qui a produit leur libération. Vainement le créancier opposerait-il que le jugement ne fait loi qu'entre les parties (art. 1351); on répondrait qu'il prouve aussi bien la compensation opérée entre lui et l'un des cofidéjusseurs, et par suite l'extinction de la dette, qu'une quittance donnée par lui à ce fidéjusseur en prouverait le paiement, et incontestablement un autre cofidéjusseur pourrait argumenter de cette quittance, s'il était poursuivi.

428. Quant à la question de savoir si, dans le cas d'une créance solidaire au profit de plusieurs personnes, le débiteur poursuivi par l'un des créanciers peut lui opposer la compensation à raison d'une créance qu'il a acquise sur un autre créancier, nous l'avons discutée au tome précédent, nº 178, et résolue affirmativement pour le cas où les deux créances se trouvaient réunir toutes les

conditions requises pour la compensation légale au moment où les poursuites ont commencé depuis l'échéance de la créance solidaire.

429. L'article 1294, ainsi que nous l'avons dit plus haut, porte, dans sa dernière partie, que « le « débiteur solidaire ne peut pareillement opposer « la compensation de ce que le créancier doit à son « codébiteur. »

On a assimilé, sous ce rapport, un débiteur solidaire à un débiteur principal qui voudrait invoquer la compensation de ce que le créancier doit à la caution ; mais cette assimilation n'est justifiée par aucune raison solide. Il y a bien, sans doute, cette similitude entre un codébiteur solidaire et une caution, que, lorsque la caution a payé la dette, le débiteur principal est libéré envers le créancier, comme les codébiteurs solidaires sont libérés envers lui par le paiement fait par l'un d'eux ; mais la nature de l'obligation des débiteurs solidaires n'en est pas moins très différente de celle des simples cautions. La caution ne doit pas pour elle-même, elle doit pour un autre, et il n'y a rien d'étonnant, d'après cela, que le véritable débiteur ne puisse invoquer la compensation du chef de la caution. Au lieu que les codébiteurs solidaires doivent pour eux-mêmes, comme obligés principaux ; et le paiement fait par l'un d'eux libère tous les autres (art. 1200). L'on ne peut nier que celui qui a en sa faveur une cause de compensation légale

ne soit assimilé par la loi elle-même à celui qui a payé réellement, puisqu'elle le déclare libéré de plein droit, qu'elle déclare que *la dette est éteinte* (art. 1290). Si la dette est éteinte, c'est donc parce qu'elle est censée payée, au moins quant à lui; or, lorsqu'il a payé, ses codébiteurs sont pareillement libérés.

Il n'y a rien à conclure, pour justifier cette disposition, de ce que la confusion n'éteint la dette que pour la part de celui des débiteurs qui est devenu héritier unique du créancier (art. 1209); car la confusion n'est point un paiement, ni n'en tient lieu, à proprement parler; elle empêche seulement l'exercice de l'action, parce qu'on ne peut pas se poursuivre soi-même : *potiùs eximit personam ab obligatione confusio, quàm extinguit obligationem.* D'ailleurs elle éteint du moins la dette solidaire pour la part du débiteur en la personne duquel elle s'est opérée, tandis que l'article 1294 ne dit même pas que le débiteur solidaire peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au codébiteur, jusqu'à concurrence de la part de ce codébiteur dans la dette; ce qui avait cependant paru si juste à Domat (1), qu'il l'admettait sans difficulté; car il est de l'intérêt de ce codébiteur d'être libéré au moyen de sa créance, plutôt que d'être obligé ensuite de rembourser sa part dans la dette commune à celui qui la paierait en totalité, et il est

(1) *Lois civiles*, part. 1, livre 3, tit. 3, sect. 1, n° 8.

naturel aussi que le débiteur poursuivi puisse éteindre la dette par la compensation pour la part du codébiteur, plutôt que d'être obligé de payer pour lui, et d'être ainsi exposé à perdre par suite de son insolvabilité.

Si la compensation était une exception purement personnelle, pourquoi le débiteur qui, au lieu de l'opposer, a mieux aimé payer sa dette, éteinte de droit par elle, ne pourrait-il pas, pour exercer sa créance, faire valoir ses priviléges et hypothèques? Cependant l'art. 1299 dit positivement qu'il ne le peut, à moins qu'il n'eût, lorsqu'il a payé sa dette, une juste cause d'ignorer la créance qu'il pouvait opposer en compensation. La caution ne peut pas opposer au créancier les exceptions purement personnelles au débiteur principal (art. 2012 et 2036), et cependant elle lui oppose valablement la compensation du chef du débiteur (1294 lui-même): donc la compensation n'est point une exception purement personnelle.

D'où vient donc cette disposition? Elle vient d'une fausse application du droit romain faite par Pothier et autres, qui n'ont pas vu que, d'après la nature et les effets des obligations solidaires dans les principes du droit français, le droit romain lui-même, mieux interprété, admettait la compensation dans ce cas, loin de l'exclure, ainsi qu'ils l'ont cru.

En effet, Papinien, dans la loi 10, ff. *de duobus reis*, dit : *Si duo rei promittendi* SOCII NON SINT, *non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam*

debet; et c'est sur ce texte que ces auteurs se sont fondés pour décider que la compensation ne peut être invoquée par l'un des débiteurs solidaires, à raison de ce que le créancier doit à l'autre. Mais c'est là une grave méprise de leur part (1), puisque ce même texte est la condamnation de leur décision dans le droit français; car il est clair que Papinien n'excluait la compensation que lorsque la dette n'était point une dette de société, par conséquent qu'il l'admettait dans le cas où les codébiteurs étaient associés; autrement ces expressions, *si socii non sint,* seraient déplacées dans la loi; elles induiraient en erreur. D'ailleurs, le motif du jurisconsulte, pour décider différemment dans un cas que dans l'autre, reposait sur des principes qui n'existent précisément pas dans notre droit, et c'est ce qui rend vicieuse la disposition du Code que nous expliquons.

Dans le droit romain, en effet, ainsi que nous l'avons dit souvent, le débiteur solidaire, *reus debendi,* qui avait payé la dette, n'avait point de recours à exercer contre ses codébiteurs, si la dette n'était point une dette de société (2). La loi 62, ff. *ad legem Falcidiam*, analysée, ne laisse aucun doute à cet égard. Au contraire, lorsque la dette était

---

(1) M. Toullier est tombé dans la même erreur, quoiqu'il admette fort bien, avec Domat, que le débiteur poursuivi devrait pouvoir opposer la compensation du chef de son codébiteur, jusqu'à concurrence de la part de celui-ci dans la dette.

(2) Sauf toutefois aussi le cas où, en payant, il s'était fait céder les

une dette de société, celui qui l'avait payée la portait dans son compte, et se faisait faire raison par ses coassociés, au moyen de l'action *pro socio* : il n'avait pas besoin de se faire céder celles du créancier : son recours avait lieu de plein droit, et contre chacun d'eux pour sa part dans la société. Dans le cas donc où le recours n'avait pas lieu, le débiteur non poursuivi n'ayant point d'intérêt à ce que le débiteur poursuivi opposât la compensation, celui-ci ne pouvait effectivement l'opposer du chef du codébiteur ; tandis qu'il le pouvait lorsque c'était une dette de société, parce que ce codébiteur avait intérêt à être libéré par le moyen de la compensation dont la cause était en sa personne, puisqu'il se trouvait par là libéré définitivement (1).

430. Mais puisque, dans notre droit, le recours a toujours lieu au profit du codébiteur solidaire qui a payé la dette, lorsqu'elle n'a pas été contractée uniquement dans son intérêt, qu'il y a même subrogation de plein droit à son profit (art. 1213 et 1216 combinés), le débiteur poursuivi doit donc pouvoir opposer la compensation du chef de son codébiteur, jusqu'à concurrence de la part de celui-ci dans la dette ; et nous pensons en effet qu'il le peut, nonobstant la généralité des

---

actions du créancier ; mais alors il agissait comme cessionnaire contre ses codébiteurs.

(1) Cujas sur la loi 9, au Code, *de compens.*, dit que l'associé est, quant à la compensation, considéré comme une seule et même personne avec l'associé poursuivi.

termes de l'art. 1294, qui ne doit recevoir son application littérale que dans le seul cas où les codébiteurs de celui qui est poursuivi ne se sont obligés solidairement avec lui que pour lui, comme ses cautions solidaires, cas prévu à l'art. 1216. Il ne pourrait en effet opposer la compensation de ce que le créancier devrait à l'un des codébiteurs, même pour aucune part, parce que ce serait l'opposer du chef d'une caution, ce que les principes n'admettent pas.

Mais dans les cas ordinaires de dettes solidaires, l'on ne voit pas pourquoi l'on ne suivrait pas la décision de Domat; et si l'on objectait que le débiteur poursuivi qui voudrait opposer la compensation de ce que le créancier doit au codébiteur, et jusqu'à concurrence de la part de celui-ci dans la dette, se mêlera ainsi des affaires qui peuvent exister entre le créancier et ce codébiteur; qu'il ne pourra que bien rarement justifier d'une manière positive de la dette du créancier, nous répondrions que nous raisonnons dans la supposition où il fait les justifications nécessaires à cet effet, soit par des preuves positives, soit par l'aveu même du créancier, soit par son refus de prêter le serment qui lui serait déféré sur ce point.

431. Il reste enfin à observer que, même dans les cas de dettes solidaires contractées dans l'intérêt des divers débiteurs, si un jugement a donné congé à l'un d'eux, qui a opposé de son chef la compensation au créancier, la dette se trouve éteinte

par rapport à tous, ou jusqu'à due concurrence, comme elle le serait par un paiement, et alors les autres n'opposent pas la compensation du chef de leur codébiteur, contre la disposition de l'article 1294, ils invoquent simplement l'*extinction de la dette*, résultant de la compensation opérée par la loi, et invoquée par celui qui avait incontestablement le droit de l'invoquer, puisque la cause en était en sa personne. Le créancier ne pourrait pas objecter que le jugement ne fait loi qu'entre lui et le débiteur qu'il a poursuivi, car il prouve la libération tout aussi bien qu'une quittance donnée par le créancier au débiteur, et tout aussi bien que s'il avait été rendu sur le serment prêté par ce débiteur, auquel cas les codébiteurs pourraient l'invoquer sans le moindre doute (art. 1365).

432. Quant aux créances d'une société sur le créancier particulier de l'un des sociétaires, ou aux dettes de la société envers un débiteur personnel de l'un des associés, M. Toullier ne les admet pas en compensation. Il dit. « Une société est une per« sonne morale, différente de la personne naturelle « de chaque associé individuellement. Les créances « de la société ne peuvent donc être compensées « avec les dettes de chaque associé, lorsque ces « dettes n'ont point été contractées pour le compte « de la société, mais pour son compte particulier, « et *vice versâ.* »

Il nous semble que cette décision est trop géné-

rale. Si je poursuis mon débiteur personnel, qui est créancier de la société dont je fais partie, on ne voit point pourquoi il ne pourrait pas m'opposer la compensation pour la part pour laquelle je suis tenu des dettes de la société, s'il s'agit d'une société civile, et même pour le tout, s'il s'agit d'une sociéte commerciale en nom collectif, société dans laquelle les associés sont tenus solidairement des engagemens de la société, contractés sous la raison sociale (art. 22, Code de comm). Cela ne peut faire aucun tort aux autres associés : au lieu de devoir au tiers, ils devront à moi, leur coassocié. Si mon débiteur me payait, ne serais-je pas obligé de lui payer de suite à mon tour ma dette comme associé? Si je ne le faisais pas, il aurait action contre moi : les motifs de la compensation sont donc les mêmes dans ce cas que dans les autres.

Si c'est moi qui doit personnellement à un débiteur de la société, nous concevons très bien que je ne puisse, sans un acte d'autorisation de mes associés, lui opposer en compensation la créance de la société sur lui, même pour ma part, si la société est commerciale, parce que de la sorte un associé pourrait en créant des dettes, entraver les opérations de la société, et retirer de cette manière sa mise, et au delà, avant la dissolution de la société, au détriment de ses coassociés, qui ont compté sur la rentrée entière des sommes qu'ils ont stipulées des tiers. Dans ce cas, il est vrai de dire que la société est un être moral distinct de la personne naturelle

de chaque associé. Mais s'il s'agit d'une société civile, nous ne voyons pas pourquoi le sociétaire, débiteur d'un débiteur de la société, ne pourrait lui opposer la compensation, jusqu'à concurrence de la part qu'il a dans la créance de la société, sauf à le considérer ensuite comme ayant tiré de la caisse sociale des sommes pour ses propres besoins, à l'obliger, en conséquence, à faire raison des intérêts à ses coassociés, conformément à l'art. 1846, et sauf aussi à lui faire, s'il y a lieu, l'application de l'article 1849. Les inconvéniens ne seraient point les mêmes que dans les sociétés commerciales, où les opérations ne sauraient être entravées sans le plus grand danger pour tous les associés.

433. Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant (art. 1295). Il s'est par cela même reconnu son débiteur personnel, et a cessé d'être celui du cédant.

434. Il ne pourrait même ensuite, pour exercer sa créance sur le cédant, faire valoir les priviléges, hypothèques et cautionnemens qui y étaient attachés, puisqu'elle a été éteinte de plein droit par la compensation, si les deux créances réunissaient toutes les conditions requises à cet effet au moment de l'acceptation de la cession. Il y a absolument même motif que lorsque l'un des debiteurs a payé sa

dette qui était éteinte de droit par la compensation, cas dans lequel il ne peut plus prétendre exercer les priviléges et hypothèques attachés à sa créance (art. 1299), parce qu'ils ont été éteints avec la créance; il n'a plus qu'une simple action personnelle et nouvelle sur l'autre partie.

La loi fait toutefois exception pour le cas où, lorsqu'il a payé sa dette, il avait une juste cause d'ignorer la créance qui devait la compenser (*ibid*); et cette exception serait admise aussi dans le cas de l'acceptation, quoique pure et simple, de la cession qui a été faite sur lui.

435. De son côté, le cessionnaire ne pourrait faire valoir les priviléges, hypothèques et cautionnemens attachés à la créance cédée, si, comme nous le supposons, la compensation avait éteint les deux dettes de plein droit avant l'acceptation de la cession; et chacun de ceux qui aurait intérêt à s'opposer à l'exercice de ces droits, pourrait prouver qu'ils ont été éteints. Il n'a pu dépendre, en effet, du débiteur, en acceptant la cession faite sur lui, de faire revivre, par exemple au préjudice de sa caution, une dette qui était aussi bien éteinte de plein droit par la compensation, qu'elle l'aurait été par un paiement ou par une remise; or, si c'eût été une remise qui eût été faite au débiteur, la renonciation de celui-ci à cette même remise n'aurait pu nuire à la caution. C'est un principe incontestable, et qui était formellement consacré par le droit romain, même

en matière de remise par simple pacte (1), laquelle cependant n'éteignait pas la dette de plein droit, ne fournissait qu'une simple exception contre la demande en paiement, exception personnelle au débiteur, et que la caution ne pouvait invoquer que parce que, sans cela, le débiteur lui-même n'en aurait pas profité, à cause du recours de la caution contre lui après avoir payé la dette. L. 33, ff. *de pactis.*

Le cessionnaire ne pourrait exercer les priviléges, hypothèques et cautionnemens attachés à la créance cédée, quand bien même le débiteur en aurait accepté la cession dans l'ignorance de l'existence de la créance qui a éteint sa dette par la compensation : l'exception que la loi a établi dans ce cas, l'a été en faveur du débiteur, et non en faveur des tiers, cessionnaires ou autres.

436. Mais, d'un autre côté, cette ignorance du débiteur ne serait point un obstacle à ce que le cessionnaire eût action contre lui ; vainement ce débiteur alléguerait-il qu'en acceptant la cession quand la dette était éteinte, il s'est obligé par erreur ; il en serait de ce cas comme de celui où un délégué s'est obligé par erreur envers celui à qui il a été délégué, ce qui n'empêche point qu'il ne le soit valablement : *Si per ignorantiam promiserit, nullâ quidem exceptione uti poterit adversùs creditorem, quia ille suum recepit.* L. 12, ff. *de novat.;* L. 44, ff. *de condict. indebit.*, et article 1377 analysé.

Il devrait toutefois y avoir exception si le ces-

(1) L. 62, ff. *de pactis.*

sionnaire, au temps de l'acceptation, connaissait, aussi bien que le cédant, l'existence de la créance que le débiteur pouvait opposer en compensation et avait colludé avec lui, pour faire accepter la cession par ce débiteur. On l'aurait décidé ainsi dans le droit romain. L. 4, § 20, ff. *de doli mali except.* par argument. La loi 2, § 4, ff. *de donat.* exceptait aussi le cas où celui qui avait accepté la délégation n'était créancier qu'en raison d'une pure libéralité, parce que, n'agissant alors que pour faire un gain, tandis que le délégué combattait pour éviter le danger de perdre, au cas où son recours contre le délégant serait inefficace, à raison de l'insolvabilité de ce dernier, il avait paru moins digne de faveur que celui qui s'était obligé par erreur. Or, la raison est la même dans le cas de l'acceptation, par erreur, d'une cession faite par celui qui avait cessé d'être créancier, à cause de la compensation opérée entre lui et la personne qui a accepté cette cession.

437. A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, l'art. 1295 porte qu'elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification. Jusque là elle n'a point opéré ses effets entre le cédant et le débiteur (art. 1690); le premier est encore créancier du second, et par conséquent la compensation a pu s'opérer entre eux, même pour des causes postérieures à la cession, mais antérieures à la notification.

438. Mais la cession empêcherait la compensation des créances même *antérieures* à la notification, si ces créances ne réunissaient pas, au moment où cette notification a eu lieu, toutes les conditions requises pour la compensation légale, parce qu'elles n'étaient pas liquides ou exigibles. Le cessionnaire n'est obligé de souffrir d'autres compensations que celles que le débiteur eût pu opposer au cédant lui-même au moment de la signification de la cession (1). Et quant à ce que l'art. 1295 dit que la cession qui n'a point été acceptée, mais qui a été notifiée, n'empêche que la compensation des créances *postérieures à la notification*, il est clair qu'il a pour objet d'exclure toutes celles qui n'étaient point compensables au moment de la notification. Ces mots, *postérieures à la notification*, sont évidemment employés par opposition aux créances dont le débiteur pouvait faire usage envers le cessionnaire pour éteindre sa dette, et dont il est parlé dans la première partie de l'article, c'est-à-dire par opposition aux créances qui réunissaient alors les conditions requises pour la compensation; or, celles dont il s'agit ne les réunissaient pas au moment de la signification de la cession, par conséquent elles n'étaient point éteintes. La date des créances est indifférente en matière de compensation; on s'attache à l'exigibilité.

Si l'on objectait qu'il ne semble pas juste que

---

(1) Voët, *ad Pandectas, tit. de compens.*

l'une des parties ait pu, en cédant sa créance à un tiers, priver l'autre de l'avantage de pouvoir se libérer par la compensation lorsque la sienne serait devenue exigible, nous répondrions que cette partie avait le droit de céder sa créance tant qu'elle n'était pas éteinte, sauf à elle à exécuter ensuite son obligation. Il en serait autrement, sans doute, et la compensation pourrait être opposée au cessionnaire, si l'autre partie, qui ne se serait obligée que depuis la dette contractée à son profit, avait mis pour condition à son engagement, qu'elle ne s'obligeait qu'avec le droit de pouvoir compenser à l'échéance; alors, le cessionnaire, qui n'a que les droits du cédant, parce que celui-ci n'a pu les transporter que tels qu'il les avait lui-même, serait obligé de souffrir la compensation qui devait être opposée au cédant. Tel est aussi le sentiment de Voët.

439. Si, hors le cas de cette convention, la créance cédée ne réunissait pas, au moment de la notification de la cession, les conditions voulues pour la compensation, tandis que l'autre créance les réunissait, on peut élever quelque doute sur la question de savoir si celui en faveur duquel est cette dernière créance peut opposer la compensation au cessionnaire? En réalité elle ne s'était point opérée de plein droit au moment de la signification de la cession, et c'est ce qui fait la raison de douter; mais la raison de décider qu'elle peut être opposée au cessionnaire, c'est qu'elle eût pu alors être op-

posée au cédant; il y avait lieu à la compensation facultative, en faveur de celui qui avait cette créance; celui-ci eût pu former une demande reconventionnelle, s'il eût été poursuivi : il eût même pu, en renonçant au bénéfice du terme de sa dette, demander qu'elle fût déclarée compensée avec sa créance, alors échue, si la non échéance du terme était le seul obstacle à la compensation; car un débiteur peut renoncer au bénéfice du terme convenu uniquement en sa faveur. Or, l'autre créancier n'a pu, en cédant sa créance, lui enlever le droit acquis de pouvoir compenser, attendu qu'il est de principe que l'on peut opposer à un cessionnaire toutes les exceptions que l'on pouvait opposer au cédant lui-même.

440. Dans le cas de plusieurs cessions successives de la même créance, il faut, quant à la compensation, distinguer entre les dettes civiles et les effets de commerce.

Pour ceux-ci, le débiteur peut bien opposer la compensation au porteur, à raison des créances qu'il aurait sur lui, mais non à raison de celles qu'il pourrait avoir sur l'un des endosseurs. La sûreté du commerce le veut ainsi (1) : aussi a-t-il été jugé, par arrêt du 3 septembre 1700 (2), qu'un billet à ordre, souscrit par un marchand, ayant été négocié, et le porteur d'ordre venant à en deman-

(1) Voyez Pothier, *Contrat de change*, n° 186.

(2) Rapporté au *Journal des audiences*, tome V, page 862.

der le paiement à l'échéance, le souscripteur n'avait pu lui opposer la compensation en se fondant sur ce que celui au profit duquel il l'avait souscrit lui avait donné de son côté un billet de même date, de même somme et avec même échéance.

En effet, celui qui souscrit un billet à ordre ou une lettre de change, s'oblige à payer à celui qui est porteur de l'effet à l'échéance.

Cette décision n'est toutefois pas applicable au cas où l'endossement ne réunirait pas les conditions prescrites par l'article 137 du Code de commerce, parce qu'alors, aux termes de l'article suivant, il ne serait qu'une simple procuration pour toucher ; en conséquence, le débiteur opposerait valablement au porteur la compensation qu'il pourrait faire valoir contre celui qui a fait cet endossement; car celui-ci serait encore censé propriétaire de l'effet à l'égard des tiers. Il en serait de même si l'endossement n'avait eu lieu que depuis l'échéance de l'effet; aussi est-il défendu d'antidater les ordres, sous peine de faux (art. 139 *ibid.*). Et quant aux lettres de change qui, d'après les articles 112 et 113 du même Code, sont réputées simples promesses, il y a lieu de leur appliquer ce que nous allons dire des obligations civiles, parce qu'elles sont privées du privilége de se transmettre par voie de simple endossement avec effet de pouvoir saisir le cessionnaire.

441. En matière d'obligations civiles, s'il y a eu plusieurs cessions successives de la même créance,

signifiées au débiteur, celui-ci peut opposer au second cessionnaire, 1° la compensation qu'il eût pu opposer, en tout ou partie, au créancier primitif, au moment de la signification de la première cession; 2° celle qu'il pouvait opposer au premier cessionnaire, au moment de la signification de la cession qu'il a faite lui-même; et 3° enfin à raison de causes qui procéderaient du chef du second cessionnaire lui-même. C'est la conséquence du principe que la compensation s'opère de plein droit, même à l'insu des parties; car il est clair que si elle s'était déja opérée avant que le premier ou le second cessionnaire fût saisi par la signification de son transport, le débiteur doit pouvoir l'invoquer, puisque sa dette a été éteinte, au moins jusqu'à due concurrence. Il pourrait donc ainsi cumuler les causes de compensation procédant de ces diverses personnes, parce que la compensation éteint les dettes pour partie comme pour le tout. (Art. 1290.)

442. Nous avons dit que le débiteur, dans le cas de cession, ne peut opposer au cessionnaire la compensation du chef du cédant, pour les créances postérieures à la signification de la cession; car elle n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Par la même raison, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut l'opposer au préjudice du saisissant. (Art. 1298.)

Il ne pourrait même l'opposer au saisissant, quoi-

que sa créance sur le saisi fût antérieure à la saisie, si, à l'époque de cette saisie, elle ne réunissait pas encore les conditions requises, parce qu'elle n'était point liquide ou exigible, peu importerait que sa dette les réunît ou non ; car, comme il n'avait pas acquis alors le droit d'opposer la compensation à son créancier, il ne peut pas la faire valoir contre celui qui a saisi du chef de celui-ci, et qui a ainsi acquis un droit personnel. Ce que nous avons dit à l'égard de la cession notifiée à l'époque où les créances particulières du débiteur étaient déja nées, mais ne réunissaient point les conditions requises pour la compensation, s'applique également au cas de saisie-arrêt.

443. Il y a cependant cette différence entre le cas de cession et celui de saisie, que, dans celui de cession, le débiteur ne peut rien retenir de la créance cédée pour se payer de la sienne ; au lieu que dans celui de saisie, il peut, comme tout autre créancier de son créancier, venir par contribution sur le produit de la créance saisie, et même par privilége, s'il en a un : de cette manière il compensera du moins avec la créance jusqu'à concurrence de ce qui lui reviendra dans la distribution. Il peut en effet faire une saisie entre ses mains comme tout autre créancier, puisque l'art. 557 du Code de procédure reconnaît à tout créancier le droit de saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets appartenant à son débiteur, et que la circonstance

que c'est lui qui est débiteur envers son débiteur, ne doit pas le rendre de pire condition que si c'était une autre personne : or, si c'était un tiers qui dût à son débiteur, il pourrait saisir-arrêter entre les mains de ce tiers. Quant à la manière d'opérer cette saisie, elle consisterait dans une signification faite à l'autre partie, avec assignation en validité dans le délai de droit ; mais un exploit ordinaire de saisie ne nous paraît pas nécessaire, parce qu'il y a quelque chose qui répugne aux principes du droit, qu'une personne se fasse signifier un acte à elle-même.

Il n'est même pas nécessaire pour cela que cette créance, que le débiteur ne peut opposer en compensation au saisissant, soit née avant la saisie; car, quoique née depuis, s'il ne peut s'élever aucun soupçon sur la réalité de son existence, par exemple parce qu'elle est le produit d'un legs ou de dommages-intérêts dus par le saisi, le débiteur pourra également la faire admettre à la distribution par contribution. Mais si elle est née seulement depuis la saisie, qu'elle ait été contractée volontairement, et que la cause n'en soit pas évidente et légitime, le saisissant pourra la faire écarter entièrement par rapport à lui, attendu qu'autrement les parties pourraient par collusion éluder facilement la disposition de la loi qui défend d'opposer la compensation au préjudice des droits acquis à un tiers; il suffirait pour cela que le saisi se reconnût débiteur envers le tiers saisi pour une somme si forte, que celui-ci devrait avoir la majeure partie de la créance saisie.

444. Enfin, du principe qu'on ne peut opposer la compensation au préjudice des droits acquis à un tiers, il résulte aussi que celui qui achète un immeuble hypothéqué ne peut opposer aux créanciers hypothécaires, la compensation à raison des créances qu'il a sur le vendeur; et, par la même raison, celui qui se rend adjudicataire, sur expropriation forcée ou sur toute autre vente faite d'autorité de justice (comme vente de biens de mineur ou d'interdit), d'un immeuble appartenant à son débiteur, ne peut compenser son prix avec celui-ci, au préjudice des créanciers qui ont poursuivi l'expropriation ou la vente. Celui qui achète *sub hastâ* n'est pas seulement débiteur de son prix envers celui dont la chose est vendue; il est aussi censé l'être envers les créanciers poursuivans (1). Mais il n'est point exclu de la distribution du produit de la vente, si ce n'est par les créanciers ayant privilége ou hypothèque sur l'immeuble aliéné.

CINQUIÈME CONDITION : *que les dettes ou l'une d'elles ne soient pas du nombre de celles exceptées par la loi.*

445. En règle générale, la compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes (art. 1293). Ainsi, je vous dois pour prêt ou pour legs, vous me devez pour achat ou dommages-intérêts, il y a compensation, si d'ailleurs les

---

(1) Voët, *hoc tit.*, n° 16.

conditions voulues par la loi se rencontrent. L. 10, §§ 2 et 3, ff. *de compens.*, et LL. 2 et 10, Cod. *eod. tit.*

La qualité des parties est pareillement indifférente; la compensation a lieu également entre mineur et majeur, etc.; c'est la loi elle-même qui l'opère.

446. Mais suivant l'art. 1293, la règle que la compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, souffre exception dans les cas suivans :

« 1° Lorsqu'il s'agit de la demande en restitution « d'une chose dont le propriétaire a été injustement « dépouillé ;

2° D'une demande en restitution d'un dépôt et « d'un prêt à usage ;

« 3° D'une dette qui a pour cause des alimens « déclarés insaisissables. »

447. La première de ces exceptions est tirée de la loi 14, § 2 au Code, à ce titre, ainsi conçue : *Possessionem autem alienam perperàm occupantibus compensatio non datur;* de là cet adage de droit : *Spoliatus antè omnia restituendus est.*

La seconde, en ce qui concerne le dépôt, est puisée dans la même loi, § 1er; et dans la loi ultième, au Code, *de commodato,* en ce qui concerne le prêt à usage : *Pretextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.*

448. On a objecté, quant au prêt à usage, que

l'article 1878 portant que tout ce qui est dans le commerce, *et qui ne se consomme point par l'usage*, peut être l'objet de cette convention, c'est clairement dire que ce qui se consomme par l'usage ne peut être la matière de ce prêt; or, s'il ne peut avoir lieu que d'un corps certain, il était superflu d'en interdire la compensation par une disposition spéciale, puisque la compensation n'a pas lieu à l'égard des corps certains.

On a fait la même objection au sujet du dépôt même d'une somme d'argent renfermée dans un sac cacheté, et déposée comme corps certain; et elle pourrait s'appliquer, dans le même sens, à un corps certain dont le propriétaire a été injustement dépouillé.

Aussi, quelques personnes ont-elles pensé que les limitations apportées par le Code, relativement au dépôt et au prêt à usage, ont pour but d'interdire la compensation de la somme en laquelle s'est convertie l'obligation du dépositaire ou emprunteur, à titre de dommages-intérêts, pour le fait de non restitution de la chose déposée ou prêtée; qu'autrement la disposition qui a établi ces limitations n'aurait aucun sens. Mais cette interprétation n'est pas fondée, et, de plus, elle renferme une erreur, ainsi qu'on va le voir.

D'abord, quant au cas de dépôt, on a pu avoir en vue celui d'un dépôt irrégulier, d'un dépôt de somme remise sans être dans un sac cacheté, que le dépositaire était expressément ou tacitement au-

torisé à mêler avec ses propres deniers, mais ne la recevant qu'à titre de dépôt, et devant en conséquence la conserver pour la rendre à la première demande, sinon les mêmes pièces, du moins la même somme.

Dans ce cas, en effet, le dépôt perd son caractère de corps certain; la chose due n'est qu'une somme, qui serait par cela même très compensable, sans la prohibition.

Et relativement au prêt à usage, on a pu avoir en vue le cas d'un prêt fait seulement *ad ostentationem*, dont quelques lois romaines donnent des exemples : comme serait le prêt d'une somme que l'on ferait à un caissier dont la caisse doit être prochainement vérifiée, à la charge par lui de rendre les mêmes espèces, ce qui paraît à la vérité contraire à la disposition de l'article 1898 précité, qui n'admet pas que les choses qui se consomment par l'usage, par conséquent l'argent monnoyé, puissent être la matière du commodat ou prêt à usage. Mais cette disposition, vraie comme principe, est susceptible de modification, lorsque les parties elles-mêmes considèrent comme corps certain la chose qui, de sa nature, se consomme par l'usage; alors, prêtée comme corps certain, et devant être rendue identiquement, le principe lui-même est observé, et cependant la compensation n'en aura pas lieu malgré le prêteur, quoique dans la réalité ce soit une somme, une chose très compensable de sa nature.

Ainsi, l'art. 1293, en interdisant la compensation lorsqu'il s'agit de la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage, recevrait parfaitement son application dans ces cas, et cesserait d'être une disposition oiseuse devant le principe que la compensation n'a pas lieu à l'égard de dettes de corps certains.

449. Et quant à l'interprétation que nous avons citée, elle est fautive sous un rapport bien plus grave, puisqu'elle aurait pour effet de faire écarter, contre tous les principes, la compensation invoquée comme moyen de satisfaction au jugement de condamnation aux dommages-intérêts, prononcés contre le dépositaire ou l'emprunteur à usage; or, c'est ce que nous ne croyons pas admissible. Pothier ne le pensait pas non plus, car, dans son Traité *du Prêt à usage*, n° 44, après avoir établi en principe, comme le Code, que la compensation ne peut être invoquée par l'emprunteur, « par la raison, dit-il, « qu'on ne peut opposer de compensation contre la « dette d'un corps certain, telle qu'est la restitution « de la chose prêtée (1), il ajoute : mais si, faute par « l'emprunteur de pouvoir la rendre, parce qu'elle « serait périe, ou aurait été perdue par sa faute, la « dette s'était convertie en une dette de dommages-« intérêts liquidés à une somme d'argent, elle se-

(1) On vient de voir que la chose pourrait se consommer par l'usage, mais avoir été considérée comme corps certain.

« rait susceptible de compensation, de même que « les autres dettes de sommes d'argent. »

La chose n'a jamais en effet été entendue autrement en droit romain, d'où ces diverses exceptions au principe ont été tirées; on a toujours pu, dans cette législation, opposer la compensation à l'action du jugé, *actio judicati*, quelle que fût d'ailleurs la cause de la condamnation, même un vol, ou une spoliation quelconque, par la raison très simple que c'est exécuter le jugement, que de payer par voie de compensation : *Eum verò qui judicati convenitur, compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse nemini dubium est.* L. 2, Cod. *hoc tit.*

Et la loi 10, § 2, ff. *hoc tit.*, admet positivement celui qui est poursuivi par l'action appelée *condictio furtiva*, action qui, ainsi que la dénomination l'indique, naissait du vol, d'une spoliation, à proposer la compensation : *Quotiens ex maleficio oritur actio, ut putà ex causâ furtivâ, cæterorumque maleficiorum, si de eâ pecuniarè agitur, compensatio locum habet. Idem est etsi condicatur ex causâ furtivâ.* Ce dernier point paraît, à la vérité, avoir été changé par Justinien dans la loi dernière, au Code, à ce titre, mais seulement en ce sens que le spoliateur ne peut, *sub pretextu debiti*, éviter la condamnation à la restitution de la chose ou aux dommages-intérêts; mais cette loi n'a porté aucune atteinte au principe que la compensation peut toujours être opposée comme exécution du jugement.

Et que l'on ne dise pas que c'est éluder de la sorte la disposition de l'art. 1293; non, ce n'est point l'éluder, c'est lui donner tout l'effet qu'elle peut raisonnablement avoir sans blesser les principes de la matière et les autres principes du droit. En effet, ni le dépositaire, ni le commodataire, soit qu'il s'agisse d'un dépôt ou d'un commodat irrégulier ou régulier, ne pourront, sur le seul fondement qu'ils sont créanciers du démandeur, *sub pretextu debiti*, éviter la condamnation à la restitution de la chose, ou à des dommages-intérêts, s'ils déclarent qu'ils ne peuvent pas la restituer, parce qu'elle est perdue ou détruite, et avec dépens; sans préjudice encore des peines portées contre le vol et l'abus de confiance, qui pourraient être prononcées contre eux, par la voie criminelle, suivant la nature des faits de la cause, ce qui est une garantie de plus que les dispositions exceptionnelles de notre art. 1293 ne seront pas facilement éludées. Mais la condamnation à une somme pour dommages-intérêts une fois prononcée, soit par les tribunaux criminels eux-mêmes, soit par les tribunaux civils, on ne voit aucune raison qui s'oppose à ce que ce jugement, comme tout autre, s'exécute par voie de compensation, puisque celui qui compense, paie; c'est exécuter en deniers ou en quittances. D'ailleurs, il n'est plus dû maintenant à raison de la spoliation du dépôt ou du prêt à usage; il est dû en vertu du jugement, qui a fait novation complète de la dette. Cela est aussi incontestable qu'aucun prin-

cipe de droit. Que le porteur du jugement paie lui-même sa dette, ainsi qu'il le doit, le condamné lui restituera aussitôt la somme, ou jusqu'à due concurrence; or, les traditions ne seraient-elles pas aussi inutiles dans ce cas que dans les autres? On n'en saurait douter; donc la compensation peut être opposée comme moyen d'exécution du jugement qui condamne le dépositaire, l'emprunteur, et même le spoliateur, aux dommages-intérêts pour fait de non-restitution de l'objet. L'art. 1293 ne peut pas vouloir dire autre chose que ce que disaient les lois romaines sur ces mêmes cas, savoir : qu'ils ne pourront pas éviter la condamnation *sub pretextu debiti*. C'est la *rétention* de la chose sous ce *prétexte*, qu'il a eu pour but d'empêcher.

450. L'arti le 1948 autorise même le dépositaire qui a fait des dépenses pour la conservation de la chose déposée, à la *retenir* jusqu'à ce qu'il soit remboursé; et cela est juste, parce que le service qu'il a rendu ne doit pas l'exposer à perdre le montant de ses dépenses, ce qui pourrait arriver si le déposant était insolvable.

Pothier (1) et Vinnius (2) décidaient la même chose en matière de prêt à usage, en argumentant des lois 15 et 59, ff. *de furtis*. Mais comme le Code civil ne contient, relativement au prêt à usage, aucune disposition semblable à celle de l'article 1948

(1) *Contrat de prêt à usage*, nos 43 et 80.

(2) *Quest. select. lib.* 1, *cap.* 5.

sur le depôt, et que d'ailleurs les raisons ne sont pas les mêmes dans les deux contrats, puisque celui qui a fait des dépenses dans le cas du dépôt a rendu un bon office, tandis qu'il en a reçu un dans le cas du commodat, on ne saurait, sans le faire arbitrairement, appliquer aussi cette disposition à ce dernier contrat, d'autant mieux que la controverse qui s'est élevée sur ce point n'a pas dû être ignorée des rédacteurs du Code.

451. La dernière exception est le cas d'une dette qui a pour objet des alimens déclarés insaisissables; mais comme, d'après l'article 581-4° du Code de procédure, les dons et legs pour alimens sont insaisissables, encore que l'acte de donation ou le testament ne contienne pas la déclaration d'insaisissabilité, on doit conclure de là que, déclarés tels par la loi, c'est comme s'ils l'avaient été par le donateur ou le testateur lui-même, et en conséquence, que celui qui les doit ne peut, en général, opposer la compensation au créancier de ces alimens, quoiqu'ils n'aient point été déclarés expressément insaisissables par l'acte de donation ou le testament.

452. Cette exception s'applique aux dons et legs annuels faits aux hospices et autres établissemens de charité, parce que ces dons sont de véritables dons faits aux indigens. Voët, *ad Pandectas*, n° 16.

453. Mais cet auteur dit, avec raison, que la compensation n'est point interdite au débiteur des ali-

mens qui les a fournis lui-même, et pour ce qui lui est dû à cet égard. Tel serait le cas ou il aurait payé a pension de celui à qui les alimens sont dus, ou qu'il l'aurait nourri chez lui. L'article 582 du Code de procédure permettant de saisir les provisions alimentaires pour cause d'alimens, l'on doit décider en effet que celui qui a fourni les alimens peut en opposer la compensation à la somme qu'il doit à ce titre.

Et comme le même article permet pareillement la saisie aux créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il déterminera, la compensation pourrait s'opérer d'après cette per mission, et pour la somme qu'elle aurait fixée.

Art. II.

Effets de la compensation.

454. Lorsque toutes les conditions que nous venons de développer se rencontrent, la compensation éteint de plein droit les dettes, comme le ferait un paiement véritable; elle est l'image du paiement. Par conséquent elle efface les priviléges et les hypothèques de l'une et l'autre dettes, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, et libère les cautions dans la même proportion.

455. Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit les règles établies pour l'imputation par l'art. 1256. (Art. 1297.)

En sorte que si la compensationr s'est une fois opérée de plein droit, il n'est pas plus permis aux parties d'en diriger l'effet sur une autre dette, au préjudice de ceux qui auraient intérêt à l'acquittement de celle qui a été éteinte, qu'elles ne pourraient changer une imputation que la loi elle-même avait dirigée en l'absence d'une imputation expresse de leur part lors du paiement.

456. Aussi, comme nous l'avons dit dans le cours de la matière, celui qui paie une dette qui était de droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. (Art. 1299.)

Mais il serait dans le cas de l'exception si, par exemple, cette créance lui était échue par une succession dont il ignorait l'ouverture, ou même simplement le droit, au moment où il a payé sa dette, Elle ne serait éteinte qu'en droit pur, mais non suivant l'équité; ce qui suffit pour qu'elle soit réputée subsister encore pour servir de fondement aux priviléges et hypothèques qui y sont attachés.

457. Le principe et l'exception s'appliquent, au surplus, aussi bien en ce qui concerne la caution qu'en ce qui concerne les priviléges et hypothèques; la raison est absolument la même. S'il n'en est point

parlé dans l'article, c'est une omission, ou bien parce qu'on a pensé que cela était inutile. On ne prétendrait pas en effet que l'une des parties, en payant sa dette, éteinte de plein droit par la compensation (art. 1290), a pu volontairement la faire revivre, au préjudice de la caution; cela serait contraire à tous les principes, L. 62, ff. *de pactis;* or, il en doit être, quant à la disposition exceptionnelle, du cautionnement comme des hypothèques, puisque si la créance était considérée comme éteinte dans ce cas, les hypothèques le seraient par cela même, dans l'intérêt des tiers.

458. Et la disposition principale elle-même n'est applicable qu'aux cas où la créance dont il s'agit était éteinte de plein droit par la compensation parce que l'une et l'autre des dettes réunissait les conditions requises à cet effet; en sorte qu'elle ne s'applique même point à celle des deux parties dont la créance réunissait ces conditions, et qui a payé une dette qui ne les réunissait pas, car cette créance n'a jamais été éteinte *de plein droit* par la compensation; il n'y avait lieu qu'à la compensation facultative lorsque l'autre dette a été payée.

459. La compensation détruisant l'action, elle peut être opposée en tout état de cause, même en appel pour la première fois (article 464, Cod. de procéd.). Elle peut aussi, comme nous l'avons dit plus haut, être opposée après la condamnation, et comme moyen d'exécution du jugement, soit que

la dette opposée fût antérieure à ce jugement, soit qu'elle lui fût postérieure, et, dans le premier cas, soit qu'elle eût été opposée à la demande, soit que l'on n'en eût pas parlé. Cependant il est besoin de distinguer quant à ce point.

460. Si le juge a déclaré qu'il n'y avait pas lieu à la compensation, sur le motif que le défendeur n'était pas créancier de son côté, parce que la cause sur laquelle il fondait sa créance n'était point légale, ou parce que la créance était déja prescrite avant que la compensation se fût également opérée, ou parce qu'elle était entachée d'un vice qui la détruisait, il est clair que l'exception de la chose jugée s'élevant désormais contre cette créance, il n'y a plus lieu à l'opposer en compensation (1). Mais si le juge ne l'a écartée que parce qu'elle n'était pas alors suffisamment justifiée, qu'elle n'était point liquide, ou pour défaut d'échéance du terme, la partie condamnée pourra en demander le paiement lorsqu'elle sera en état de faire les justifications requises, ou lorsque le terme sera échu; et elle pourra en conséquence l'opposer en compensation à d'autres dettes dont elle se trouverait tenue envers la même personne, et même sur l'exécution du jugement, s'il n'était point encore exécuté à cette époque (2).

---

(1) L. 7, § 1, ff. *de compensat.*
(2) *Ibid.*

Art. III.

Des demandes reconventionnelles.

461. On entend par demande reconventionnelle, ou *reconvention*, une demande que le défendeur dirige contre l'action intentée contre lui, pour en repousser ou atténuer les effets, et qui, par cela même, est formée devant le juge qui est saisi de cette action : *Reconventio est mutua rei petitio ad petitionem actoris redacta.*

462. La coutume de Paris, et plusieurs autres, portaient que *reconvention n'a lieu en Cour laïe, si elle ne dépend de l'action*, c'est-à-dire que la reconvention devait être une défense naturelle à l'action du demandeur, de sorte que le défendeur se constituait par là évidemment demandeur : comme, par exemple, lorsque je formais contre quelqu'un demande d'une somme de tant, qu'il avait touchée pour moi dans la gestion de mes affaires, et que de son côté il formait ensuite contre moi, dans la même nstance, demande d'une somme à raison des déboursés qu'il avait faits dans sa gestion, et pour venir en déduction et compensation de celle qu'il pouvait me devoir. On n'admettait, en un mot, de demande reconventionnelle qu'autant qu'elle était connexe à la demande principale, qu'elle s'y rattachait par des faits connexes à ceux qui servaient de base à cette demande (1).

---

(1) Dictionnaire de Guyot, au mot *Reconvention*.

463. Mais les canonistes tenaient, au contraire, que la reconvention était admise en *Cour ecclésiastique*, quoiqu'elle ne fût pas fondée sur des faits connexes à ceux de la demande principale (1).

464. M. Merlin fait observer que cette distinction provenait de ce que, dans les tribunaux séculiers, la justice était considérée comme patrimoniale (2), mais que la patrimonialité des justices ayant été abolie par les lois du 4 août 1789, rien ne s'oppose plus à ce que le défendeur puisse former toutes sortes de demandes, quoiqu'elles ne dépendent point de la première. Aussi, dans tous les cas où le défendeur est en droit d'opposer la compensation, quoiqu'on ne pût pas la lui opposer, il peut former une demande reconventionnelle, ou à fins de compensation : par exemple, dans le cas où il doit six pièces de vin en général de tel canton, et qu'on lui doit six pièces de vin déterminées du même canton, si on lui demande les six pièces de vin qu'il doit, il peut demander de son côté qu'elles soient compensées avec celles qui lui sont dues ; puisque celles-ci font partie de la classe de chose, dans laquelle il peut prendre ce qu'il doit pour le payer à son créancier.

465. Mais lorsque la compensation s'est opérée de plein droit, ce n'est pas, dans les vrais principes,

---

(1) M. Merlin, *Répertoire*, v° *reconvention*.

(2) Et l'on conçoit qu'on ne chercha guère à y diminuer le nombre des procès, puisque c'était un produit considérable.

par reconvention que se défend le défendeur ; il se défend comme il se défendrait en opposant un paiement ou tout autre moyen d'extinction des obligations (art. 1234 et 1290 combinés). La compensation, en effet, détruit l'action, au lieu que la reconvention en présuppose l'existence, puisqu'elle est formée pour la combattre. Cependant l'usage est de former, même dans ces cas, une demande par exploit, quoique cela ne soit certainement pas de rigueur : il suffit de justifier de la cause de compensation opposée comme moyen de *défense*, ainsi qu'il faudrait justifier d'un paiement allégué ; et cela est vrai aussi dans la plupart des cas où la compensation est simplement facultative. En demandant acte au tribunal de l'offre de compenser, le cours de l'action principale doit être aussitôt arrêté. Toutefois comme, dans ces derniers cas, le demandeur ne pouvait pas savoir si le défendeur voudrait user de la faculté de compenser, celui-ci doit supporter les frais de la demande, et ceux qui ont été faits jusqu'au moment où la compensation a été opposée.

466. Dans la reconvention proprement dite telle que l'admettait la coutume de Paris, le tribunal compétent, pour connaître de la demande principale, l'était aussi pour connaître de la demande reconventionnelle ; en sorte que, quelle que fût la qualité du demandeur, il ne pouvait user de privilége pour faire séparer cette dernière demande, et l'attirer à son propre tribunal : il y avait proroga-

tion légale de juridiction, en vertu du principe que, généralement (pas toujours), le juge de l'action est juge de l'exception.

Mais quoique la reconvention se confonde aujourd'hui volontiers, du moins très souvent, avec une demande à fins de compensation, et que la compensation ait lieu quelles que soient les causes de l'une et l'autre dettes (sauf quelques exceptions); néanmoins, si celle qui serait formée n'était pas, à raison de la matière, de la compétence du tribunal saisi de la demande principale, elle devrait être écartée. Tel serait le cas où, devant un tribunal de commerce, l'on formerait une demande reconventionnelle à raison d'une dette dont on prétendrait que le demandeur est débiteur en qualité d'héritier de telle personne, et que celui-ci contesterait sa qualité d'héritier; alors le tribunal saisi devrait renvoyer les parties devant les tribunaux ordinaires pour statuer sur cette qualité (art. 426, Cod. de procéd.) et sur la dette.

SECTION V.

De la confusion.

SOMMAIRE.

467. *Diverses significations du mot* confusion, *en droit.*

468. *Énumération des cas ordinaires dans lesquels s'opère la confusion considérée comme moyen d'extinction des obligations.*

469. *La confusion a lieu pour une partie de la dette ou de la créance, en proportion de la part de l'héritier dans la succession.*

481. *La créance de l'héritier sur le défunt, ou sa dette envers lui, est comptée pour calculer la réserve.*

482. *L'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire empêche la confusion de s'opérer : conséquence.*

483. *Les effets de la confusion cessent, même à l'égard des tiers, lorsque l'acceptation de la succession est régulièrement rescindée ou révoquée.*

484. *Il en est de même dans le cas d'exclusion de l'héritier pour cause d'indignité.*

485. *Mais dans le cas de restitution des biens pour cause de substitution fidéicommissaire, les créances et les dettes du grevé sur ou envers le disposant ne renaissent pas avec effet contre les cautions.*

486. *Les hypothèques ou autres droits réels qu'avait l'acquéreur sur l'immeuble acquis, renaissent après le délaissement de l'immeuble ou l'adjudication faite sur l'acquéreur.*

487. *Les effets de la confusion n'ont pas lieu, de droit commun, entre le vendeur de l'hérédité et l'acheteur; mais ils n'ont pas moins lieu à l'égard des tiers, cautions ou autres.*

467. La confusion, dans le sens que les jurisconsultes attachent à ce terme, est généralemeni la réunion de plusieurs qualités qui se combattent, s'excluent réciproquement et s'entre-détruisent.

Ce mot a plusieurs acceptions en jurisprudence. Tantôt il signifie le concours, dans la même main, des différens droits qui peuvent exister sur la même chose, et qui, jusqu'à la confusion, avaient été distincts et séparés : comme lorsque la nue propriété est acquise à l'usufruitier, ou que l'usufruit se réunit à la propriété; ou bien quand le

propriétaire d'un fonds, au profit duquel il existe une servitude, acquiert le fonds assujetti, ou *vice versâ;* ou bien encore lorsque le créancier hypothécaire acquiert l'immeuble hypothéqué, etc.

Il signifie quelquefois le mélange de plusieurs matières appartenant à différentes personnes, et la confusion, dans ce cas, est une manière d'acquérir la propriété, et rentre dans le *droit d'accession*, que nous avons traité au quatrième volume.

Enfin il exprime le concours, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur de la même dette; c'est de cette espèce de confusion qu'il s'agit dans le titre que nous expliquons maintenant, et que le Code range au nombre des manières d'après lesquelles s'éteignent les obligations.

Nous disons *de la même dette*, parce que dans le cas de la compensation, la même personne est bien aussi créancière et débitrice, mais ce n'est pas de la même dette, il y en a deux; aussi l'art. 1300 est-il fort inexactement rédigé quand il dit que, « lorsque les qualités de créancier et « de débiteur se réunissent dans la même personne, « il se fait une confusion de droit qui éteint les « *deux créances;* » car il n'y a dans ce cas, comme dans les cas ordinaires, qu'une seule créance, et une seule obligation corrélative, de quelque manière qu'on envisage la chose; au lieu que dans le cas de la compensation, il y a deux créances et deux obligations corrélatives.

468. La confusion à l'effet d'éteindre les obligations a lieu, en général, dans les cas suivans, sauf l'application des principes sur l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire, et dont nous dirons un mot tout à l'heure :

Lorsque le créancier devient l'héritier du débiteur, ou que le débiteur devient l'héritier du créancier ;

Lorsque le créancier devient l'héritier de l'un des débiteurs solidaires, ou *vice versâ*, ou que l'un des débiteurs solidaires succède à l'autre ;

Quand l'un des créanciers solidaires devient l'héritier du débiteur, ou le débiteur l'héritier de l'un des créanciers, ou que l'un de ceux-ci succède à l'autre ;

Lorsque le débiteur succède à sa caution, ou la caution au débiteur ;

Quand la caution devient héritière du créancier, ou le créancier héritier de la caution ;

Ou que la caution succède à l'un des débiteurs solidaires, ou en sens inverse ;

Lorsque la caution succède à l'un des créanciers solidaires, ou *vice versâ ;*

Ou une des cautions à son cofidéjusseur ;

Et enfin quand le fisc succède à son débiteur ou à son créancier, ou à deux personnes dont l'une était créancière de l'autre.

La confusion a également lieu quand le créancier succède à son débiteur, à un autre titre que celui d'héritier proprement dit, qui l'oblige à en payer

les dettes : comme lorsqu'il devient son légataire ou donataire universel, ou à titre universel; ou bien, en sens inverse, lorsque le débiteur succède au droit du créancier à quelqu'un de ces titres.

469. La confusion ne s'opère toutefois que pour une partie de la dette correspondante à celle pour laquelle le créancier a succédé à son débiteur, ou le débiteur à son créancier; en sorte que si Primus doit 1,000 fr. à Secundus, et que celui-ci devienne héritier de Primus pour un quart, la dette n'est éteinte par la confusion que pour 250 fr. seulement; et chacun des autres héritiers peut réclamer sa part, suivant ce qui a été dit en parlant de la division des dettes, au tome précédent. Mais pour plus de facilité dans les explications, par rapport aux cas de cautionnement, et de créances ou de dettes solidaires, nous supposerons un héritier unique.

Si la dette était quelque chose d'indivisible, ou les autres héritiers l'exécuteraient spécialement, et alors Secundus leur devrait une indemnité pour la part qu'il doit en supporter; ou elle se convertirait elle-même en une indemnité, et, dans ce cas, chacun d'eux lui devrait le quart de la somme, en supposant qu'ils fussent héritiers chacun pour un quart.

Si un tiers succède au débiteur et au créancier, la double confusion qui s'opère dans cette hypothèse, n'éteint l'obligation que pour la part hé-

réditaire du tiers dans chacune des successions (1).

470. Quant au cas où l'un des débiteurs solidaires devient héritier unique du créancier, ou que le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs; à celui où l'un des débiteurs ne devient héritier du créancier, ou le créancier héritier de l'un des débiteurs, que pour partie seulement, et enfin à celui où l'un des débiteurs devient héritier de l'un de ses codébiteurs, *voyez* ce qui a été dit au tome précédent, n° 222.

471. Si c'est l'un des créanciers solidaires qui succède au débiteur, ou bien le débiteur à l'un des créanciers, la créance ou la dette est diminuée par l'effet de la confusion, pour la part du créancier héritier, ou décédé. Cependant, si le bénéfice de l'obligation n'était point, à raison de la nature de la chose due, ou de quelque autre circonstance particulière, partageable entre les divers créanciers, chacun de ceux-ci pourrait encore exiger l'exécution totale de l'obligation, nonobstant la circonstance que l'un d'eux a pris la place du débiteur, en devenant son héritier, ou que le débiteur a pris celle de l'un des créanciers.

Que si l'un des créanciers solidaires est devenu héritier unique de l'un de ses cocréanciers, il a action à double titre contre le débiteur; en sorte que la remise qu'il aurait faite personnellement, ou le serment qu'il aurait déféré au débiteur, n'ayant

(1) *Voyez* tome précédent, n° 273.

effet que pour sa part (1198 et 1365), il pourrait encore demander le tout comme héritier de l'autre créancier; comme il le pourrait de son chef, si c'était son auteur qui eût fait la remise ou déféré le serment. La loi 93, *princip.* ff. *de solut.* confirme pleinement cette décision.

472. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions (art. 1301). De là, si le débiteur devient l'unique héritier du créancier, ou le créancier l'unique héritier du débiteur, il est clair que le cautionnement est entièrement éteint par l'effet de la confusion totale de l'obligation principale.

473. Si c'est à sa caution que le débiteur a succédé, ou si c'est la caution qui a succédé au débiteur, le cautionnement est pareillement éteint pour la partie pour laquelle le débiteur est devenu héritier de la caution, ou la caution héritière du débiteur; il est absorbé par l'obligation principale (1). Cependant les hypothèques fournies par la caution sur ses biens subsistent toujours : L. 38, § *ult.*, ff. *de solut.* : car elles ont été données aussi pour sûreté de l'exécution de l'obligation principale, puis-

(1) *Voyez* la loi 3, *princip.* ff. *de separationibus*. Toutefois les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir admis unanimement que le cautionnement fût éteint par la confusion opérée entre le débiteur et la caution, en devenant héritier l'un de l'autre; *voyez* à cet égard la loi 93, § *ult.*, ff. *de solut.*, où Scævola dit que Pomponius était à ce sujet contraire au sentiment de Sabinus, qu'il adopte toutefois lui-même.

qu'elles l'ont été pour sûreté de celle de la caution, qui en répondait; or, il n'y a d'éteint que le cautionnement.

474. La caution qu'a fournie la caution elle-même, et qu'on appelle ordinairement certificateur de caution, n'est pas libérée par la confusion qui s'est opérée entre le débiteur et sa caution, en devenant héritier l'un de l'autre. Même loi et article 2035.

475. Au surplus, si l'engagement de la caution était plus avantageux pour le créancier que celui du débiteur principal, la confusion n'aurait pas pour effet d'éteindre l'action contre la caution. Tel serait le cas où un majeur aurait cautionné l'obligation d'un mineur, et que ce mineur serait devenu l'héritier de la caution : il aurait bien l'exception de minorité, s'il avait été lésé par le contrat (art. 1305), mais il ne pourrait cependant repousser l'action, à cause de sa qualité d'héritier de la caution, puisque celle-ci n'eût pu se prévaloir de la minorité du débiteur principal (art. 2012 et 1125) (1). Comme, en sens inverse, si c'est la caution, supposée majeure, qui a succédé au mineur, principal obligé, elle ne pourra pas, pour se dispenser de payer la dette, se prévaloir de l'exception qui compétait à son auteur.

476. Si c'est le créancier qui a succédé à la caution,

---

(1) *Facit*, L. 3, *princip.* ff. *de separat.*

il n'y a plus de cautionnement, car je ne puis être caution à mon profit, et le débiteur ne serait passible de l'action *mandati contraria*, qu'autant que la caution se trouvait, au moment de sa mort, avoir fait des déboursés à raison du cautionnement; auquel cas le créancier exercerait l'action née du contrat pour ce qui lui resterait dû, et l'action de mandat pour les déboursés faits par la caution, action qui, à raison des intérêts, et même de l'intérêt des intérêts payés par elle (art. 1155, deuxième alinéa), pourrait être plus avantageuse pour le créancier que celle du contrat; elle pourrait l'être aussi sous quelques autres rapports, et le créancier pourrait aussi réclamer les frais qui avaient été faits contre la caution, à laquelle il a succédé.

En sens inverse, si c'est la caution qui a succédé au créancier, il y a bien aussi extinction du cautionnement, parce qu'elle ne peut pas se poursuivre elle-même; mais si elle avait payé quelque chose pour le débiteur avant la mort du créancier, ou subi des frais, elle exercerait son recours contre lui par l'action du mandat, qui, ainsi que nous venons de le dire, pourrait être plus avantageuse dans certains cas, que celle née du contrat qu'elle avait cautionné. La loi 21, § 5, *de fidejuss. et mandat.* est positivement en ce sens.

477. Celui qui a cautionné plusieurs débiteurs solidaires, et qui a succédé à l'un d'eux, est bien obligé avec les autres d'une manière principale,

mais n'a-t-il contre eux l'action en recours, après avoir payé la dette, que comme l'aurait eue le défunt si c'était lui qui l'eût payée, c'est-à-dire contre chacun d'eux pour sa part dans la dette et les insolvabilités, s'il y en a? ou bien a-t-il l'action solidaire contre chacun d'eux, pour la répétition de ce qu'il a payé, moins toutefois la part du débiteur qu'il représente?

S'il a déclaré, en payant, payer comme caution, il a l'action solidaire; l'article 2030 est aussi applicable à ce cas, car ce n'est que par rapport au débiteur auquel il a succédé, que le cautionnement est éteint et absorbé par l'obligation principale; il subsiste toujours quant aux autres débiteurs; par conséquent il donne lieu contre eux à l'action qui en dérive; or, cette action est solidaire. Mais si la caution a payé en qualité d'héritier de l'un des débiteurs, elle n'a contre les autres qu'une action divisée. S'il n'a pas été dit dans la quittance en quelle qualité elle payait, elle sera censée avoir payé en qualité de caution plutôt qu'en qualité d'héritier du débiteur décédé, lorsqu'elle ne sera pas seule héritière et qu'elle aura payé toute la dette, ou même simplement au delà de sa part héréditaire; dans le cas contraire, elle sera censée avoir payé plutôt en qualité de débiteur qu'en qualité de caution.

Si c'est au contraire l'un des débiteurs solidaires qui a succédé à la caution, et qu'il ait déclaré, en payant, payer comme caution, il a l'action soli-

daire contre les autres débiteurs, moins sa part dans la dette et dans les insolvabilités, s'il y en a. Mais si cette déclaration n'existait pas, il serait censé avoir payé en sa qualité de débiteur solidaire; en sorte que, pour son recours, il n'aurait contre ses codébiteurs qu'une action divisée.

478. Si l'une des cautions succède à l'autre, leurs obligations ne se confondent point, *quia ejusdem sunt potestatis*, et le créancier aura contre celle qui a succédé, l'action à raison de la promesse de chacune d'elles : L. 21, § 1, ff. *fidejuss. et mandat.;* ce qui peut lui être avantageux même dans le cas où il n'y aurait pas plus de deux cautions, s'il y avait lieu au bénéfice de division : par exemple, si le défunt ou l'héritier pouvait opposer une exception personnelle.

479. Enfin, si l'État, à défaut d'héritiers, succède à son débiteur, qui lui avait donné une caution, il ne se fait pas de confusion, parce que l'État ne recueille les biens que sous bénéfice d'inventaire, et en conséquence la caution n'est pas libérée, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que l'État a retiré des biens du débiteur, les autres dettes payées, puisqu'il n'y a de biens que dettes déduites. L. 45, § 11, *de jure fisci*. Toutefois le trésor doit exercer d'abord les priviléges qu'il pourrait avoir sur les biens du débiteur, et venir par contribution avec les autres créanciers sur le produit des biens, pour ses créances

non privilégiés ou hypothécaires; et ce serait seulement pour le déficit qu'il aurait action contre la caution. Même loi, et Voët *ad Pandectas*, tit. *de solutionibus*, n° 26.

Mais si c'est à son créancier que l'État succède, il y a confusion et extinction de la dette de l'État.

Dans le droit romain, l'on décidait que lorsque le fisc succédait à Titius, débiteur de Sempronius, et ensuite à Sempronius, il s'opérait confusion, et en conséquence que la caution que Titius avait donnée à Sempronius était libérée. Mais s'il y avait deux débiteurs solidaires, à l'un desquels seulement le fisc avait succédé, ainsi qu'au créancier, les cautions de ce débiteur étaient bien libérées, parce qu'à leur égard la confusion opérée à raison de la personne pour laquelle elles avaient répondu équipollait au paiement fait par cette personne; mais ni le codébiteur ni les fidéjusseurs qu'il avait donnés n'étaient libérés, par ce, que par rapport à eux, la confusion n'équipollait pas au paiement. L. 71, ff. *de fidejuss. et mandat.*

Nous nous sommes expliqué sur les effets de la confusion lorsque le créancier succède à l'un des débiteurs solidaires, ou l'un des débiteurs solidaires au créancier, effets réglés par l'art. 1209. Quant au premier cas ci-dessus, on déciderait chez nous qu'il n'y a pas confusion, parce que l'État ne recueille les biens du débiteur, comme ceux du créancier, que sous bénéfice d'inventaire; par conséquent, si ce qu'il retirerait de ceux de Titius ne suffisait pas pour

payer sa dette envers Sempronius, il serait bien fondé à exiger le surplus de la caution donnée par Titius.

480. Si même depuis que Paul m'a transporté sa créance sur Philippe, il devient son unique héritier avant que j'aie fait signifier mon transport à ce dernier, ou que je le lui aie fait accepter par acte authentique, il s'opère confusion et extinction de la créance, avec tous ses accessoires, tels que cautionnemens, priviléges et hypothèques (art. 1300 et 1690 combinés). Mais comme Paul doit m'en garantir l'existence, et me garantir aussi de toute perte arrivée par son fait, et que c'est en se portant héritier de Philippe qu'il a donné lieu à la confusion de s'opérer, il me doit indemnité pour la valeur de la chose dont je suis privé. Il en serait de même si c'était le débiteur qui eût succédé au créancier cédant, car il répondrait du fait de son auteur quant à la cession, et de son propre fait quant à l'acceptation de l'hérédité de celui-ci.

Mais si le transport fait à mon profit avait déja été signifié ou accepté au moment où mon cédant est devenu héritier du débiteur, ou le débiteur héritier du cédant, il ne se serait pas fait confusion, parce qu'il n'était plus dû à ce dernier; j'étais devenu créancier à sa place.

481. Ainsi que nous l'avons dit, au tome VIII, (n° 333), la dette de l'héritier même pur et simple, envers le défunt, ou du défunt envers l'héritier, fait partie de l'actif ou du passif, pour calculer

le montant des réserves, nonobstant la confusion; car elle n'éteint pas absolument l'obligation; elle détruit plutôt l'action, parce qu'on ne peut pas se poursuivre soi-même, qu'elle ne détruit l'obligation elle-même: *potiùs eximit personam ab obligatione confusio, quàm extinguit obligationem*, disent les docteurs. Aussi n'empêchait-elle point, dans le droit romain (1), et dans les pays de la France où il s'observait anciennement, d'avoir égard à cette dette ou créance, comme à tout autre, pour faire le calcul de la *quarte Falcidie*.

482. L'effet du bénéfice d'inventaire est d'empêcher la confusion de s'opérer au préjudice de l'héritier qui accepte la succession de cette manière (art. 802) (2).

L'héritier peut donc, d'après cela, poursuivre la caution que le défunt lui avait donnée (3). Toutefois il doit lui justifier de l'état de l'inventaire, si elle l'exige, et se payer d'abord avec les valeurs qu'il a entre mains, s'il n'y a pas d'oppositions de la part des créanciers; s'il y en a, il doit prendre part aux distributions, et ne pas laisser absorber tout le gage commun par eux; il doit conserver ses droits autant que possible, dans l'intérêt de la caution (art. 2037).

Et *vice versâ*, si c'est l'héritier qui est débiteur,

---

(1) LL. 3, 6, 8 et 14 Cod. *ad legem Falcidiam.*

(2) *Voyez* tome VII, n° 46 et suivans.

(3) Arrêt de la Cour de cassation, du 1er décembre 1812, *Journal du Palais*, tome 36, page 369.

sa caution n'est pas libérée envers les créanciers ni même envers les légataires, s'il n'y a pas de quoi payer toutes les dettes et acquitter tous les legs.

L'héritier bénéficiaire ne confondant point ses biens et ses droits avec ceux du défunt, il conserve, comme tout autre créancier, les priviléges et hypothèques qu'il a reçus pour sûreté de sa créance (art. 875).

483. Les effets de la confusion opérée par l'acceptation pure et simple de l'hérédité du débiteur par le créancier, ou de l'hérédité du créancier par le débiteur, cessent lorsque l'acceptation est rescindée pour cause de violence ou de dol, conformément à l'art. 783 (1), ou lorsqu'une femme mariée a accepté l'hérédité sans être autorisée par son mari ou par justice, et dans tout autre cas, en un mot, où l'acceptation est révoquée ou rescindée. Alors les droits et les obligations sont censés n'avoir point été éteints, même par rapport aux cautions, aux priviléges ou aux hypothèques.

484. Lorsque la succession est enlevée à l'héritier pour cause d'indignité, il est clair que les créances que le défunt avait sur lui renaissent, car l'acceptation de l'hérédité ne doit profiter en rien à l'indigne (2).

---

(1) Cet article ne parle point du cas de violence, mais il n'est pas douteux qu'il n'y soit implicitement compris; car la violence renferme le dol. *Voyez* tome VI, n° 452.

(2) *Voyez* tome VI, n° 124.

Quant à ses créances sur le défunt, elles ne renaissaient pas dans le droit romain (1); mais nous avons démontré, sur le titre *des successions* (2), et en citant à l'appui de notre décision celle de Lebrun et de Lacombe, qu'il n'en doit pas être ainsi dans notre droit, où il n'est jamais permis, sous un prétexte quelconque, de s'enrichir aux dépens d'autrui. C'était, dans le droit romain, le fisc qui profitait de la succession, et tout ce qui pouvait en servir les intérêts n'avait pas été négligé, jusqu'à ce qu'enfin l'abrogation des lois caducaires, par Justinien (3), ait mis des bornes à son avidité. Chez nous ce serait celui qui a fait exclure l'indigne qui profiterait de ses créances sur le défunt, et il n'y a aucun motif pour qu'il doive en être ainsi.

La révocation du titre d'héritier dans l'indigne doit même avoir des effets absolus, qui détruiront ceux de la confusion; par conséquent, les hypothèques et cautionnemens qu'il avait donnés pour sûreté de sa dette, ou qui lui avait été donnés pour sûreté de sa créance, doivent être réputés n'avoir pas été éteints. Il est *exclu* de la succession, et traité, en conséquence, comme s'il n'y avait pas été appelé, quoiqu'il ne faille d'ailleurs pas confondre l'indignité avec l'incapacité, au moins dans la doctrine.

---

(1) LL. 8 et 17, ff. *de his quæ ut indig. aufer.*

(2) Tome VI, n° 125.

(3) *Voyez* la loi unique au Code, *de caducis tollendis.*

485. Et lorsque celui qui a recueilli la succession de son débiteur ou de son créancier était chargé d'en conserver les biens et de les rendre, à sa mort, à un tiers, et que la substitution est venue à s'ouvrir, alors il a le droit de réclamer sa créance de l'appelé, ou ce dernier celle du défunt contre lui.

Mais nous croyons que, dans ce cas, la confusion a eu des effets absolus relativement aux hypothèques, priviléges et cautionnemens, et que la créance ou la dette *renaît* seulement entre les parties ou leurs représentans. Car l'obligation de restituer les biens n'a point empêché le grevé d'être héritier, à la différence des cas précédens, où la rescision de l'acceptation, ou bien l'exclusion de la succession, ont fait que celui qui y était appelé n'a eu que temporairement un titre, qui a ensuite été effacé. D'ailleurs, les cautions ne pourraient pas rester dans cet état pendant la vie du grevé.

486. Si un créancier hypothécaire s'est rendu acquéreur de l'immeuble hypothéqué, son hypothèque est bien éteinte, parce qu'on ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose ; mais elle renaît après le délaissement ou l'adjudication faite sur lui (art. 2177).

487. Les effets de la confusion peuvent enfin être modifiés par une convention expresse ou tacite : comme lorsqu'un héritier vend l'hérédité ou ses droits successifs à un tiers. Alors il a contre l'acheteur les actions qu'il avait contre le défunt,

et l'acheteur a contre lui celles qu'avait ce dernier ; le tout, à moins de convention contraire. L. 2, § 18, ff., *de heredit. venditâ*, et art. 1697, 1698 analysés et combinés. Mais la confusion n'en a pas moins eu lieu en ce qui concerne les tiers, et en conséquence, les hypothèques et cautionnemens qui avaient été fournis à l'héritier par le défunt, ou au défunt par l'héritier, n'en sont pas moins éteints (art. 2180 et 2034). L'héritier n'a pu les faire revivre au préjudice des tiers, pas plus qu'un débiteur ne peut, en payant sa dette qui était éteinte de droit par la compensation, faire revivre les priviléges et hypothèques qui étaient attachés à sa créance (art. 1299). L'art. 1263 fournit encore une preuve à l'appui de cette décision, qui s'applique même au cas où l'héritier n'avait point encore fait acte d'acceptation au moment de la vente de l'hérédité ou de ses droits successifs, et que c'est par cette vente qu'il a accepté la succession (article 780) (1) ; car l'acceptation ayant un effet rétroactif au jour de l'ouverture de l'hérédité (article 777), c'est de ce moment même que la confusion a opéré ses effets.

---

(1) *Voyez* tome VI, n° 391 et suivans.

SECTION VI.

De la perte de chose due.

SOMMAIRE.

488. En traitant des conditions requises pour la validité des contrats (1) nous avons suffisamment développé tout ce qui est relatif aux choses qui peuvent en être l'objet ou la matière; aussi n'avons-nous maintenant à raisonner que dans la supposition d'une obligation légalement formée, mais qui s'est éteinte par la perte de la chose due; ce qui suppose que la perte est arrivée depuis le contrat, puisqu'autrement il n'y aurait pas eu de contrat du tout (art. 1601), et par conséquent point d'obligation à éteindre.

Nous avons pareillement expliqué ce qui est relatif aux soins que le débiteur d'un corps certain et déterminé doit apporter à sa garde et à sa conservation (2). aux dommages-intérêts dont il est passible pour l'avoir laissé périr ou se détériorer par sa faute, et à l'effet de la demeure, en laquelle il a été constitué, de le délivrer: en sorte que nous n'avons ici qu'à résumer les développemens dans lesquels nous sommes entrés dans le cours de la matière, touchant la perte de la chose due, que le Code considère comme une des manières dont s'éteignent les obligations.

489. L'art. 1302, qui consacre ce mode de libération, est ainsi conçu :

« Lorsque le corps certain et déterminé qui était « l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors

(1) *Voyez* tome X, chap. II, sect. 3.

(2) Même volume, chap. III, sect. 2 et 3.

« du commerce ou se perd de manière qu'on en « ignore absolument l'existence, l'obligation est « éteinte, si la chose a péri ou a été perdue sans la « faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

« Lors même que le débiteur est en demeure, et « s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obliga- « tion est éteinte, dans le cas où la chose fût éga- « lement périe chez le créancier, si elle lui eût été « livrée.

« Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit « qu'il allègue.

« De quelque manière que la chose volée ait péri « ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui « qui l'a soustraite, de la restitution du prix. »

Et l'article suivant porte que, « lorsque la chose « est périe, mise hors du commerce ou perdue, « sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a « quelques droits ou actions en indemnité par rap- « port à cette chose, de les céder à son créancier. »

490. Analysons chacune de ces dispositions.

Ce mode d'extinction des obligations, comme on le voit, ne s'applique qu'aux dettes dont l'objet était un corps certain, ou une chose qui était devenue corps certain par des offres de paiement; car pour celles qui consistent dans une chose indéterminée, comme un cheval en général, ou dans une quantité de chose d'une certaine espèce, comme cent hectolitres de froment, elles ne sauraient s'éteindre par ce mode, puisque l'on ne

peut pas dire qu'une chose indéterminée a péri : d'où les docteurs ont déduit cet axiome, *genus aut quantitas non perit.* En sorte que celui qui doit une somme n'est point liberé par l'incendie qui a détruit tout son numéraire et même toutes ses autres choses, toutes ses ressources : *Incendium œre alieno non liberat debitorem.* L. 11, Cod. *si certum petatur.* Et cela s'applique à toute dette de quantité ou de choses dues en général.

491. Mais si la chose fait partie d'une classe limitée, comme un des chevaux de mon écurie, six pièces du vin actuellement contenu dans mon cellier, la perte par cas fortuit de toute cette classe de choses éteint pareillement l'obligation ; comme dans les obligations alternatives proprement dites, la perte arrivée par cas fortuit de toutes les choses qui étaient comprises dans l'obligation, opère la libération du débiteur, soit que le choix fût au créancier, soit qu'il appartînt au débiteur lui-même. *Voyez* ce qui a été dit sur ces différens cas, au tome précédent, quand nous avons traité des obligations alternatives et *facultatives.*

492. On entend par *cas fortuit*, un événement amené par une force majeure à laquelle on n'a pu résister. L. 18, *princip.* ff. *commodati vel contrà.* Tels sont les cas d'incendie, de ruine, de naufrage, d'invasion, de pillage, de mort naturelle des animaux, d'enlèvement d'un champ par inondation, etc. (1).

(1) § 3, Instit. *de empt. et vend.*

493. Mais il faut que l'événement qui a fait périr la chose due n'ait point été causé lui-même par la faute ou le fait du débiteur ou détenteur de l'objet, autrement celui-ci ne serait point libéré.

494. La mise hors du commerce de la chose due est assimilée à sa perte réelle quant à l'extinction de l'obligation; car, *placet obligationem extingui, si in eum casum inciderit, à quo incipere non potuisset.* L. 140, § 2, ff. *de verb. oblig.* Tel serait le cas où, vous ayant vendu un certain terrain sous une condition suspensive, ou avec réserve d'usufruit, ou simplement livrable au bout d'un certain temps, l'État a réclamé la cession de ce terrain pour cause d'utilité publique, moyennant une juste et préalable indemnité (art. 545). Il est clair que je ne puis plus vous le livrer. Dans le cas de la vente sous condition, et tant que la condition ne serait pas accomplie, ce serait de moi que la cession devrait être réclamée, parce que je serais encore propriétaire; dans les autres, ce serait de vous, parce que vous l'étiez devenu par le seul consentement (art. 1138 et 1583), nonobstant la réserve d'usufruit, ou de jouissance pendant le temps fixé, et quoique le prix par vous promis n'eût point encore été payé; sauf à moi à réclamer de vous une part dans l'indemnité obtenue, pour privation de ma jouissance.

Dans les anciens principes, comme le vendeur, même dans les ventes pures et simples, restait pro-

priétaire de la chose vendue tant qu'il n'en avait pas fait la délivrance, c'eût été de lui que la cession aurait dû être réclamée, et s'il n'avait pas encore été payé de l'indemnité (parce qu'alors le principe de l'indemnité *préalable* n'existait pas), il cédait à l'acheteur son action contre l'État. Mais aujourd'hui cette cession d'action ne serait point nécessaire, la disposition de l'art. 1303, dont l'application, au surplus, est devenue assez rare par l'effet du nouveau principe que la propriété est transférée par le seul consentement, serait évidemment superflue dans ce cas.

495. Du reste, dans les ventes et contrats d'échange faits purement, la perte de la chose depuis le contrat ne dispense pas l'acheteur de payer le prix, ou le coéchangiste de livrer ce qu'il a promis, à moins de convention contraire, ainsi que nous l'avons démontré en parlant des effets de l'obligation de donner, tome X, chap. III, sect. 2, § 2.

496. Au contraire, dans les contrats faits sous condition suspensive, la perte de la chose arrivée pendant que la condition est en suspens, concerne celui qui l'a promise sous cette condition, lequel, par conséquent, n'a pas droit au prix qui aurait été stipulé; aussi, à moins de convention contraire. *Voy. ibid.* et tome XI, chap. IV, sect. 1re, § 2.

Et *voyez*, pour les contrats sous conditions résolutoires, les distinctions qui ont été faites à ce sujet au § suivant de la même section.

497. Les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de servitude, sont bien éteints aussi par la perte de la chose sur laquelle ils ont été établis, mais le prix, s'il en a été stipulé un, n'en doit pas moins être payé, s'il ne l'a déja été, suivant ce que nous avons démontré quand nous avons traité de ces différens droits. En effet, ce prix n'a pas été promis pour une jouissance successive de la chose, et en retour d'une obligation du propriétaire d'en faire jouir pendant un certain temps l'usufruitier ou l'usager; il a été promis pour la constitution d'un droit établi *semel et simul*, et chacun perd le droit qu'il a sur l'objet, lorsqu'il vient à périr.

498. Mais il en est autrement dans le louage des choses. Dans ce contrat, le locateur s'oblige, par la nature même du contrat, et sans qu'il y ait besoin de stipulation particulière, à faire jouir le preneur de la chose louée (art. 1719) : il lui promet une jouissance successive, et c'est en raison de cette jouissance successive qu'il stipule un prix qui lui sera successivement payé : d'où il suit que le contrat de bail étant résolu par la perte de la chose (art. 1741), le bailleur réclamerait *sine causâ* un prix pour une jouissance qu'il ne procure plus, n'importe quelle en est la cause.

C'est par suite du même principe que, lorsqu'un associé a promis d'apporter à la société la jouissance de sa chose, et que cette chose vient à périr, la société est dissoute, même par rapport à tous les

associés (art. 1867); la chose a péri pour lui, suivant la règle *res perit domino*, et il ne peut prétendre avoir droit aux bénéfices pour sa part, qu'autant qu'il y en a dans ce moment.

499. Au lieu que s'il eût apporté dans la société la propriété même de la chose, la société n'eût point été dissoute par la perte de cette chose (*ibid.*), et la perte eût été supportée, non par lui, qui n'était plus propriétaire de l'objet, mais par la société elle-même, qui l'était devenue.

Cela ne saurait souffrir aucun doute dans le cas où la chose serait venue à périr après avoir été livrée à la société, mais aussi dans celui où l'associé n'avait point encore effectué sa mise, fait la délivrance de l'objet à la société; au moment où il est venu à périr; car, dans cette hypothèse aussi, la société était tout aussi bien devenue propriétaire de cet objet par la promesse faite par l'associé de le livrer à la société, de le mettre dans la société, de le mettre en commun, qu'un acheteur est devenu propriétaire de la chose vendue par le seul consentement des parties sur la chose et le prix, quoique la chose n'ait point encore été livrée ni le prix payé (art. 1583). Aussi la loi elle-même assimile-t-elle la société vis-à-vis de l'associé, en cas d'éviction du corps certain que celui-ci avait promis d'y apporter, à un acheteur vis-à-vis de son vendeur, et lui donne-t-elle, en conséquence les mêmes actions en garantie. (Art. 1845.)

D'ailleurs, quand bien même, comme dans les anciens principes, la société ne serait point devenue propriétaire de l'objet par le seul fait de la promesse de l'associé, qu'il eût fallu de plus pour cela la délivrance de la chose, et qu'ainsi le principe nouveau que la propriété est transférée par le seul consentement (art. 1138), souffrirait exception en matière de société, cette exception, dont on ne saurait au surplus pénétrer le motif, n'empêcherait point que l'associé ne dût être considéré comme débiteur, envers la société, de la chose qu'il avait promis d'y apporter (même article 1845); or, à ce titre, il serait encore libéré par la perte de la chose arrivée par cas fortuit et avant qu'il fût en demeure, s'il n'avait pas pris sur lui les cas fortuits jusqu'à la délivrance (même art. 1138 et art. 1302); car la société étant créancière, la chose a dû périr pour elle, suivant la règle *omnes debitores rei certæ interitu rei liberantur.* Aussi, dans l'ancien droit, ainsi que nous l'enseigne Pothier dans son traité *de la Société*, nul doute que la chose n'eût péri pour la société, quoiqu'elle eût péri avant la délivrance faite par l'associé à la société, et bien qu'alors l'associé fût, jusqu'à cette délivrance, réputé propriétaire de la chose, tout comme un vendeur l'était tant qu'il n'avait pas fait la tradition. On n'appliquait ni à l'un ni à l'autre, le principe *res perit domino;* on appliquait au contraire à tous deux la règle *omnes debitores rei certæ, interitu rei liberantur,* attendu que la propriété, dans leur main,

n'était que nominale, obligés qu'ils étaient de livrer la chose, même avec ses accessoires et ses accroissemens, s'il y en avait. Aujourd'hui la chose périt pour la société, comme pour l'acheteur, par l'effet de l'une et de l'autre règle.

500. Mais quel est donc le cas que l'on a pu avoir en vue dans l'article 1867, en disant : « Lorsque « l'un des associés *a promis de mettre en commun* « *la propriété d'une chose*, la perte survenue avant « que la mise en soit effectuée, opère la dissolu- « tion de la société par rapport à tous les autres; » tandis que la dernière partie du même article porte que « la société n'est pas rompue par la perte de la « chose dont la propriété a déja été apportée à la « société? »

D'abord, il est clair que, dans le premier cas, on a bien entendu que la perte de la chose serait supportée par l'associé, et non par la société, puisqu'autrement il n'y avait aucun motif pour déclarer la société dissoute, les parties pouvant la dissoudre elles-mêmes, si cela leur eût convenu. Si l'on a prononcé la dissolution de plein droit de la société, c'est donc évidemment pour que l'associé ne pût pas prétendre au droit de prendre part dans ce que les autres y avaient mis ou promis d'y mettre. Aussi eût-il été plus exact de dire, dans ce système, que la société était réputée non avenue, au lieu de la déclarer dissoute. Quoi qu'il en soit, le cas qu'on a pu avoir en vue ne se présente pas clairement à

l'esprit, ce qui a donné lieu à plusieurs interprétations de ce texte.

Quelques-uns ont dit qu'on avait probablement eu en vue le cas où l'un des associés avait *promis* de mettre en commun la propriété d'une chose qui ne lui appartenait pas, qui appartenait à un tiers, en se faisant fort du propriétaire, cas dans lequel il n'a pas pu, par le fait, en conférer la propriété à la société, et remplir par là son obligation. Car, a-t-on dit, si la chose eût appartenu à l'associé, pourquoi la promesse de celui-ci, d'en mettre en commun la propriété, n'aurait-elle pas eu le même effet qu'une promesse de vente, qui vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix (art. 1589)? Or, en matière de promesse de vente, comme en matière de vente, puisque l'une vaut l'autre, la chose périt pour l'acheteur, et non pour le vendeur, qui n'en a pas moins droit au prix, loin que la promesse de vente ou la vente soit réputée non avenue. D'ailleurs la promesse de mettre en commun est comme toute autre promesse de livrer et de donner; elle constitue un débiteur et un créancier, et la perte de la chose promise libère le débiteur.

On pourrait ajouter que la promesse d'apporter telle chose à la société, d'y mettre telle chose, de mettre en commun tel objet, est la promesse de mettre en commun la *propriété* de cet objet, lorsqu'il n'est pas dit que ce sera seulement sa jouissance qui sera mise dans la société. Dans l'ancien

droit, où la propriété n'était pas transférée par le seul consentement, l'associé, par sa promesse d'apporter à la société tel objet, ne faisait réellement autre chose qu'une promesse *de mettre en commun la propriété de cet objet*, et cependant la perte survenue n'opérait pas plus la dissolution de la société et n'était pas plus supportée par lui seul, que si elle eût eu lieu après la délivrance de l'objet à la société.

Néanmoins, nous ne pensons pas que ce soit à ce cas que l'on ait songé, parce qu'il n'est pas ordinaire que l'on promette de livrer la chose d'autrui, même en se portant fort du propriétaire; et puis, parce que cette promesse *de se porter fort*, et de payer en conséquence les dommages-intérêts à la société en cas de refus du tiers de ratifier, eût dû pleinement remplacer la propriété de la chose dans la main de l'associé, équipoller à l'oblgation de celui-ci de mettre cette propriété dans la société, et par cela même empêcher la perte de retomber sur lui seul, par la dissolution de cette société.

D'autres ont dit qu'on avait pu avoir en vue le cas d'un associé qui, ayant un objet, une maison, par exemple, avait promis de mettre dans la société le prix qu'on en retirerait en la vendant, mais que la maison étant venue à périr, elle avait péri pour lui parce qu'il n'en avait point transféré la propriété à la société, qui se trouvait ainsi dissoute même par rapport à tous les associés, faute par lui

de pouvoir réaliser la promesse qu'il avait faite d'y mettre le prix de cette maison.

Cette interprétation aussi paraît bien divinatoire; le texte de l'article y résiste plus encore qu'à la précédente, car, si ce n'est point la propriété de la maison que l'associé a promis de mettre en commun, si c'est seulement la propriété du prix que l'associé ou la société en retirerait en la vendant, il n'est pas vrai de dire que la chose dont l'associé avait promis de mettre en commun la propriété est venue à périr, puisqu'elle n'a jamais existé : il ne pouvait en effet y avoir de prix que par la vente, qui précisément n'a pas eu lieu. D'ailleurs, un prix n'est pas un corps certain, et l'article 1867 statue évidemment sur un cas de corps certain.

Une troisième interprétation est plus plausible, et, malheureusement encore, le texte même de cet article ne s'y prête que bien difficilement, parce que la rédaction n'a pas répondu à la pensée probable des auteurs du Code. On suppose qu'ils ont eu en vue le cas prévu dans la loi 58, *princip.* ff. *pro socio.* L'espèce de cette loi est celle-ci : Vous avez trois chevaux et j'en ai un; nous convenons que vous recevrez le mien, pour vendre les quatre chevaux ensemble, afin d'en tirer meilleur parti, et que vous me remettrez le quart du prix : *Cùm tres equos haberes, et ego unum, societatem coïmus*, UT ACCEPTO EQUO MEO, *quadrigam* VENDERES, ET EX PRETIO QUARTAM MIHI REDDERES. Le jurisconsulte Ulpien dit, d'après Celse, qu'il n'y a pas de société

entre nous, et en conséquence, que si mon cheval est venu à périr avant la vente, la perte est supportée par moi seul, parce que nous n'avons pas réuni les chevaux pour en former un attelage qui dût être commun entre nous, mais bien seulement pour les vendre plus avantageusement. Chacun de nous, en effet, est resté exclusivement propriétaire de sa chose, et c'était seulement le prix à provenir de la vente des quatre chevaux qui devait être partagé. Tandis que si la convention eût été de mettre dès à présent les chevaux eux-mêmes en commun, la perte de celui que je devais fournir, quoique arrivée avant la tradition ou réunion de mon cheval aux vôtres, eût dû être supportée en commun, parce que la société aurait été formée quant aux chevaux eux-mêmes, et non pas seulement quant au prix qu'on se proposait d'en retirer en les vendant ensemble : *Si igitur antè venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere. Nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coïtam societatem : cæterùm, si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in eâ tres partes haberes, ego quartam, non dubiè adhuc socii sumus.*

Ce n'est pas là, comme on le voit très bien, la promesse de mettre en commun la propriété de quelque chose, si ce n'est dans le dernier cas prévu par le jurisconsulte; mais alors précisément il y a société, et la perte de l'un des chevaux est sup-

portée par tous les associés, dans la proportion de leur mise respective. Au lieu que les termes de l'art. 1867 supposent une convention par laquelle l'une des parties *a promis de mettre en commun la propriété d'une chose;* or, dans notre droit surtout, cette promesse devrait être considérée comme une mise effectuée réellement, puisque promesse de vente vaut vente, puisque promesse de livrer et donner est translative de propriété, et puisqu'enfin une promesse constitue une obligation, et que tout débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de l'objet, lorsqu'elle est arrivée sans sa faute et avant qu'il fût en demeure : en sorte qu'il y avait aujourd'hui deux raisons pour une pour que la perte fût supportée par la société, et non par l'associé, et il n'y en avait point pour déclarer la société *dissoute,* si cet objet ne se trouvait pas le seul qui en composât le fond. On devra donc, lors de la révision du Code, si jamais il en est fait une, changer la rédaction de cette première partie de l'art. 1867, qui paraît heurter non seulement les principes nouveaux, mais encore les principes anciens, tous sainement interprétés.

501. Pour que le débiteur soit libéré par la perte du corps certain qui faisait la matière de l'obligation, il faut non seulement que la perte soit arrivée sans sa faute, mais encore avant qu'il fût en demeure, et qu'il n'eût pas pris sur lui les cas fortuits Comme nous avons expliqué avec étendue tout ce

qui est relatif aux fautes et à la mise en demeure, nous ne reviendrons pas sur ces points; ce serait une répétition inutile.

502. Nous ferons seulement remarquer que les offres régulières purgent la demeure en laquelle le débiteur était constitué, et reportent de la sorte sur le créancier les cas fortuits qui pesaient sur le débiteur. L. 91, § 3, ff. *de verb. oblig.*, et L. 72, §§ 1 *et* 3, ff. *de solut.* (1).

503. Le débiteur, même constitué en demeure non purgée, est pareillement libéré par la perte arrivée par force majeure, s'il n'a pas pris sur lui les cas fortuits, et si d'ailleurs la chose eût dû également périr chez le créancier, si elle lui avait été livrée; car alors le retard du débiteur n'a, en réalité, causé aucun tort au créancier, et l'intérêt est la mesure des actions. Mais ce serait au débiteur à prouver non seulement le cas fortuit qu'il allègue pour sa libération (art. 1315), mais encore que la chose eût dû également périr entre les mains du créancier, si elle lui eût été livrée : par exemple, si c'est un cheval légué déja atteint d'un vice mortel au moment de la demande en délivrance du legs, l'héritier prouvera l'existence de ce vice; si c'est une maison qui était due et qu'elle ait péri par le feu du ciel, ou par suite d'un incendie communiqué du dehors, le débiteur sera libéré en prouvant

---

(1) *Voyez* tome X, n°s 448 et suivans.

comment la perte est arrivée, et en établissant par là qu'elle serait arrivée tout de même si la chose eût été livrée au créancier.

504. Que si le créancier soutenait qu'il aurait tiré partie de la chose avant que le cas fortuit n'arrivât, par exemple qu'il l'aurait vendue, on estimerait, en général, le mérite de son allégation d'après les circonstances de la cause et la nature de sa profession. *Voy.* à cet égard la loi 47, § *fin.*, ff. *de legatis* 1°, et L. 40 *princip.*, ff. *de petit. hered.*, par argument.

505. Lorsque le débiteur s'est chargé des cas fortuits, il est superflu d'entrer dans le détail des circonstances qui ont fait périr ou disparaître la chose, puisqu'il est responsable de la perte survenue même avant d'avoir été constitué en demeure, et qu'il n'en est affranchi que depuis des offres régulièrement faites, auquel cas il demeure seulement responsable de son dol ou de sa grande faute, s'il a gardé la chose chez lui, au lieu d'user de la faculté que lui donnait l'art. 1264 de se faire autoriser par la justice à la mettre en dépôt dans un autre endroit, après avoir fait sommation au créancier de l'enlever.

506. De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix. Le voleur est toujours en demeure de restituer la chose

volée (1); les cas fortuits retombent donc sur lui, *quod ità receptum fuit odio furti et violentiæ.* Aussi, dans le droit romain (2), dont Pothier a adopté la décision, on n'entrait point dans l'examen des causes qui avaient pu faire périr la chose dans la main du voleur, et l'on n'avait non plus aucun égard à l'allégation et à la preuve même de celui-ci que la chose eût dû également périr chez le propriétaire, si elle ne lui eût pas été soustraite, parce que, dit le jurisconsulte Triphoninus, dans la Loi 19, ff. *de vi et vi armatâ, ex ipso tempore delicti plusquàm frustrator debitor constitutus est.*

L'article 1302 dit bien que de quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix; mais il ne dit pas également que le voleur doive supporter la perte de la chose lors même qu'il démontrerait qu'elle eût péri chez le propriétaire, s'il ne l'eût pas soustraite : comme serait le cas d'une soustraction faite dans un incendie qui aurait détruit tous les effets du propriétaire, tout un quartier; il ne dit pas que, de quelque manière *et dans quelque circonstance que la chose volée soit venue à périr*, la perte doit en être supportée par celui qui l'a soustraite; et le Code n'admet dans aucun cas que l'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, même aux dépens de celui qui a envahi de mauvaise

---

(1) L. 8, § 1, ff. *de condict. furtiv.*

(2) L. *ult.*, ff. *de condict. furtivâ*, et L. 19, ff. *de vi et vi armatâ.*

foi l'immeuble d'un tiers, et qui a fait sur cet immeuble des constructions (art. 555), cas dans lequel ce possesseur de mauvaise foi perdait, dans le droit romain, ses matériaux et sa main-d'œuvre, tellement qu'il ne pouvait revendiquer les matériaux, même après la démolition de l'édifice ; § 30 *ex diverso, Instit. de rerum divisione*. Or, ne serait-ce pas s'enrichir aux dépens du voleur, que de lui faire payer la valeur d'une chose dont il n'a rien retiré, et qui, on le suppose en fait, aurait dû périr également chez le propriétaire, si elle ne lui eût pas été volée ? A nos yeux cela n'est pas douteux. Qu'on lui applique les dispositions pénales portées contre le vol, rien de mieux, parce qu'il y a un délit à punir; mais quant aux dommages-intérêts, qui ne peuvent jamais consister que dans la perte que l'on a faite et dans le gain dont on a été privé (art. 1149), il n'en doit pas être dû par celui qui n'a causé aucune perte réelle, quelque blâmable que soit d'ailleurs son action. Au surplus, il est clair que si la chose a péri chez le voleur par suite d'un vice dont elle était déja atteinte dans le temps où elle était encore chez le propriétaire, on ne pourra avoir égard qu'à la valeur qu'elle avait à cette époque, en supposant encore qu'elle eût quelque valeur, ce qui serait bien difficile à supposer dans le cas, par exemple, d'un cheval atteint du vice de la morve au moment où il a été volé.

507. Lorsque la chose due a été mêlée par le débiteur, ou par un tiers, avec d'autres dont elle

ne peut plus être séparée, comme du vin avec d'autre vin, ou lorsqu'elle ne peut être séparée sans inconvénient, ou qu'elle a été employée à faire une nouvelle espèce, alors on applique les règles sur l'accession, le mélange ou la spécification, règles que nous avons développées au tome IV.

508. Si la chose due a péri par le fait ou la faute du débiteur, la caution est tenue comme lui des dommages-intérêts, parce qu'elle répond de ses faits (art. 2011); *nam in totam causam spoponderit.* L. 91, § 4, *de verb. oblig.*

Il en est de même si la chose est venue à périr, même par cas fortuit, depuis la mise en demeure du débiteur, L. 58, § 1, ff. *de fidejuss. et mandat.*, et L. 24, § 1, ff. *de usuris;* lorsque toutefois il n'est pas prouvé qu'elle eût dû également périr chez le créancier, si elle lui avait été livrée (art. 1302). L'obligation du débiteur s'étant perpétuée par sa mise en demeure, celle de la caution s'est perpétuée également.

509. Mais, au contraire, si la chose a péri par le fait de la caution, ou depuis que cette caution a été mise en demeure, sans que le débiteur l'ait été, ce dernier n'est point responsable de la perte, si d'ailleurs il n'y a aucune faute à lui reprocher; car le débiteur n'est point obligé pour la caution, et le fait de celle-ci est par rapport à lui comme le fait d'un étranger. L. 32, § 5, ff. *de usuris*, et L. 49, ff. *de verb. oblig.*

Il en serait autrement si le débiteur avait garanti les faits de la caution, ainsi que cela a lieu lorsqu'elle s'oblige solidairement avec lui (art. 1216); alors l'article 1205 serait applicable.

510. Et suivant cet article, si la chose due a péri par le fait ou la faute de l'un des débiteurs solidaires, ou depuis sa mise en demeure, les codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; et en cela leur obligation est *perpétuée*, comme disent les lois romaines, par le fait ou la demeure de leur codébiteur; et c'est en ce sens que l'on dit : *Ex duobus reis promittendi, alterius factum alteri quoque nocet*, L. 18, ff. *de duob. reis constit.* Mais ils ne sont point tenus des dommages-intérêts, parce que le fait de leur codébiteur n'a pu *augmenter* l'étendue de leur engagement : *Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.* L. 32, § 4, ff. *de usuris.* Ces dommages-intérêts peuvent seulement être réclamés de ceux des débiteurs par la faute desquels la chose a péri, ou qui étaient en demeure. (Article 1205.) *Voyez* ce que nous avons dit à ce sujet en traitant des obligations solidaires, au tome précédent.

511. Si la chose due a péri par le fait ou par la faute de l'un des débiteurs non solidaires ou depuis sa mise en demeure, les autres ne sont tenus en aucune façon; ils sont libérés quand bien même la chose serait indivisible; sauf au créancier son

action pour le tout contre celui qui a fait périr la chose; mais seulement pour la part de ce débiteur, si elle a péri sans son fait depuis qu'il avait été constitué en demeure, car, même dans ce cas, il ne devait que sa part de la dette, suivant ce qui a été démontré lorsque nous avons traité des obligations divisibles et indivisibles.

Et d'après le même principe, si la chose due par des héritiers a péri par la faute ou le fait de l'un d'eux, ou depuis sa mise en demeure, cet héritier est bien tenu, ou pour le total dans le premier cas, ou pour sa part dans le second, mais ses cohéritiers, qui ne sont point en faute ni en demeure, sont libérés comme si la chose eût péri par le fait d'un étranger, attendu que leur cohéritier leur est effectivement étranger en ce qui concerne leurs parts dans la dette. La loi 48, § 1, ff. *de legatis*-1°, le décide ainsi, même à l'égard d'une chose indivisible, d'un esclave légué, qui avait été tué par l'un des héritiers. C'est aussi la décision de Dumoulin et de Pothier.

Ce que nous venons de dire dans les deux cas précédens doit toutefois être entendu de l'action personnelle, et non de l'action hypothécaire, qui s'exerce contre tout détenteur des immeubles hypothéqués; mais, 1° les débiteurs ou les héritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette qui ne sont point en faute ni en demeure, peuvent se décharger de la poursuite hypothécaire, en faisant le délaissement (art. 2172), attendu que depuis l'extinction de leur obligation personnelle, ils ne sont

plus que de simples détenteurs ; et 2° le créancier ne peut même les poursuivre hypothécairement que pour la partie seulement de la créance qui a été utilement conservée contre le débiteur ou l'héritier en faute ou en demeure, d'après la distinction ci-dessus.

SECTION IV.

De l'action en nullité ou en rescision des conventions.

SOMMAIRE.

512. *L'action en nullité ou en rescision étant considérée ici comme ouverte, renvoi à d'autres parties de l'ouvrage quant aux causes qui peuvent lui donner naissance et en ce qui concerne les actes des mineurs.*

513. *Division de la matière.*

512. Dans le chapitre II de ce titre, les rédacteurs du Code ont exposé toutes les règles relatives à la validité des conventions, c'est-à-dire tout ce qui concerne le consentement des parties contractantes, la capacité de celui qui s'oblige, l'objet ou la matière du contrat, et la cause des obligations (art. 1108). Ici l'on s'occupe de l'action en nullité ou en rescision, que l'on suppose ouverte, parce que ces mêmes règles n'auraient pas été toutes observées; mais, à vrai dire, à l'exception de deux ou trois dispositions générales, dont la principale, celle de l'art. 1304, a pour objet de déterminer la durée des actions en nullité ou en rescision, tous les autres articles de cette section règlent seulement la capacité des mineurs, et, sous ce rapport, leur place se trouvait plutôt au chapitre qui traite des

conditions requises pour la validité des conventions. Aussi avons-nous cru devoir analyser ces mêmes articles lorsque nous avons parlé de la capacité des parties contractantes(1), et traiter spécialement des actes des mineurs émancipés, au titre *de la tutelle*, chapitre *de l'émancipation* (2), où les rédacteurs du Code ont établi la plupart des dispositions qui déterminent la capacité de ces mineurs. En sorte que pour ne point tomber dans d'inutiles répétitions, nous devons nous borner ici à considérer seulement l'action en nullité ou en rescision comme étant ouverte, soit qu'il s'agisse d'un mineur, soit qu'il s'agisse de tout autre.

513. Nous aurons à voir, sur cet objet, quelle est la nature de l'action en nullité ou en rescision, dans le droit ancien et dans le droit actuel;

Quelle est sa durée;

Quelles fin de non-recevoir on peut lui opposer;

Et quels sont ses effets par rapport aux parties et aux tiers.

§ Ier.

De la nature de l'action en nullité ou en rescision, dans les anciens principes et dans le droit actuel.

SOMMAIRE.

514. *Dans plusieurs de ses articles, le Code donne indifféremment le nom d'action en nullité et d'action en rescision,*

---

(1) Tome X, n° 264 à 294.

(2) *Voyez* tome III, n° 635 à 661.

à celle qui est fondée sur les vices d'erreur, de violence, de dol, et d'incapacité dans certains cas, les confondant ainsi l'une avec l'autre.

515. *C'est parce que la loi du 7 septembre 1790, en abrogeant l'usage d'impétrer des lettres de rescision, a établi que la forme de procéder en nullité et en rescision serait la même.*

516. *Anciens principes sur les cas de nullité et sur ceux de simple rescision, et différence importante qui existait dans la forme de procéder par l'une et l'autre voie.*

517. *Différence aussi dans la durée de l'une et l'autre action.*

518. *Et dans la durée des actions en répétition de ce qui avait été payé en exécution d'un contrat nul, ou d'un contrat simplement rescindable.*

519. *Importance qu'il y avait, d'après cela, à bien distinguer les cas de nullité de ceux de rescision.*

520. *Principes généraux du droit romain sur les nullités et sur les restitutions en entier.*

521. *Aujourd'hui, la différence n'est guère que dans les dénominations, sauf les cas où l'acte est absolument nul en droit et de nul effet, et non pas simplement annulable ou rescindable.*

522. *Les vices d'erreur, de violence, de dol, de lésion et d'incapacité, ne rendent pas les actes nuls de droit : ils donnent seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, et pour être exercée dans un délai déterminé.*

523. *Mais dans certains cas, la nullité est de droit, radicale, et l'acte est absolument sans effet.*

524. *Conséquence quant à l'une et à l'autre sorte de nullité.*

525. *Prétendues différences entre l'action en nullité et l'action en rescision, signalées par un auteur comme existant encore aujourd'hui, mais sans fondement.*

526. *Différence plus réelle, lorsque l'action en rescision est fondée sur la lésion.*

527. *Les nullités, comme les rescisions fondées sur l'incapacité de l'un des contractans, ne peuvent être invoquées que par l'incapable et ses ayant-cause, et non par l'autre partie.*

528. *Celles qui sont fondées sur des vices de forme peuvent être invoquées par toute partie, même contre un incapable.*

529. *Texte de la célèbre loi* Quæ lege fieri prohibentur, 5, *au Code*, de Legibus, *et dans quelles sortes d'actes elle est ou non applicable suivant sa teneur, dans le droit actuel.*

514. Le Code civil, dans l'art. 1304, semble considérer l'action en nullité et l'action en rescision, comme étant une seule et même action sous des dénominations diverses, puisqu'il leur assigne la même durée et qu'il ne leur attribue point des effets différens : aussi dans plusieurs articles donne-t-il indifféremment l'une ou l'autre dénomination à celle qui naît des vices d'erreur, de violence ou de dol, ainsi qu'on peut le voir dans les art. 887 et 2053, d'une part, et 1110 et suivans, d'autre part, quoiqu'il qualifie d'ailleurs toujours d'action en rescision celle qui naît de la lésion (articles 887, 1674 et 1305).

515. Cela tient évidemment à un système nouveau, dont le principe est dans la loi du 7 septembre 1790, qui, par son art. 20, a aboli l'usage d'impétrer des lettres en Chancellerie pour faire rescinder les contrats valables en eux-mêmes comme contrats, mais sujets néanmoins à rescision pour quelque cause particulière, ordinairement tirée de la lésion, de la violence et de la minorité; et qui, par l'art. 21, a établi que dorénavant l'on procéderait dans le cas de rescision comme dans celui de nullité proprement dite, que l'une et l'autre action s'intenteraient de la même manière.

516. Au lieu que, dans les anciens principes, si le contrat était nul, le juge avait bien le pouvoir d'en prononcer la nullité, soit qu'elle lui fût demandée par voie d'action ou par voie d'exception, mais s'il était seulement rescindable, parce qu'il réunissait les conditions essentielles à la validité des contrats, quand cependant il était sujet à rescision pour quelque cause, le magistrat n'avait pas par lui-même le pouvoir de le rescinder : ce pouvoir n'appartenait qu'au Prince, source de la justice. En conséquence, la partie lésée par l'acte devait solliciter des lettres de rescision, qui se délivraient à la Chancellerie, sur requête contenant l'exposé des faits, et le juge entérinait les lettres et rescindait l'acte, s'il y avait lieu, c'est-à-dire si les faits allégués dans la requête, et à raison desquels les lettres de rescision avaient été accordées, étaient réels et prouvés.

517. Mais ces lettres ne s'obtenaient que dans les dix ans, à partir de la cessation de la violence, lorsque l'acte était attaqué pour cette cause, et jusqu'à l'âge de trente-cinq ans, quand il avait été consenti par un mineur; tandis que l'action en nullité durait trente ans, comme les autres actions. L'exception de nullité, lorsque l'acte n'avait point été exécuté, pouvait même s'opposer à toute époque, si l'exécution de cet acte était demandée après plus de trente ans de sa date, soit parce qu'il y avait un terme mis à la convention, ou une condition suspensive, soit

parce que la prescription n'avait pu courir contre l'acte, pour cause de minorité de la part du créancier. On était généralement d'accord sur ce point.

En effet, puisque l'acte était nul dès le principe, le temps n'avait pu le rendre valable, parce que c'eût été faire produire au temps une obligation ; or, si le temps peut éteindre les obligations, par le moyen de la prescription, du moins seul il n'en produit pas. Il n'y avait même pas besoin, pour le décider ainsi quant aux obligations radicalement nulles, du secours de la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, maxime que les docteurs ont déduite des dispositions de quelques textes du droit romain, et dont nous parlerons plus loin.

518. Si donc, hors le cas de ratification valable, une obligation nulle d'après le droit ou les ordonnances, avait été exécutée, la partie avait trente ans pour répéter ce qu'elle avait mal à propos payé ou livré en exécution de ce contrat nul, et à partir du jour de l'exécution ; et si on lui opposait le contrat, elle répliquait qu'il était nul et de nul effet, en conséquence, que ce qu'elle avait payé l'avait été sans cause ; or, les actions en répétition de ce qui à été payé indûment duraient et durent encore trente années, sans préjudice des suspensions pour minorité ou interdiction, et des interruptions telles que de droit. Au lieu que si l'acte eût été valable en lui-même, quoique sujet à rescision, la partie n'aurait

eu que dix années pour le faire rescinder aux fins de pouvoir répéter ce qu'elle avait livré ou payé, fût-ce des immeubles.

519. L'on sent, d'après cela, combien il importait de distinguer les actes nuls des actes simplement rescindables; et l'on reconnaissait, en général, trois classes de nullités : les nullités tirées du droit, les nullités d'ordonnances, c'est-à-dire celles qui étaient prononcées par quelque ordonnance spéciale ou par quelque édit, et les nullités de coutumes locales. Mais nous n'entrerons pas dans les nombreuses explications que demanderait le développement d'un tel sujet, cela serait sans utilité. Nous dirons toutefois un mot du système du droit romain sur ce point important.

520. Dans cette législation, l'obligation contractée par un pupille sans l'autorité de son tuteur, ou par une personne en démence, ou par un prodigue, auquel l'administration de ses biens avait été enlevée par décision du magistrat, était tellement nulle et de nul effet qu'elle était censée ne pas exister : il n'y avait rien de fait; en sorte que la partie n'avait pas besoin de demander la nullité d'un pareil engagement, et de le faire dans un certain délai, elle pouvait à toute époque le faire déclarer nul, si on lui en demandait l'exécution; et si elle l'avait exécuté (hors le cas où l'exécution, faite en temps de capacité, aurait pu être considérée comme une ratification valable, ou plutôt

comme un consentement nouveau), elle pouvait revendiquer comme sienne la chose livrée, si elle existait encore, et répéter par action personnelle les sommes ou autres choses fongibles qu'elle avait payées à l'autre partie, et que celle-ci avait consommées. Elle n'avait point à craindre pour cela qu'on lui opposât le contrat, puisqu'il était nul, et que dans le système du droit romain ce qui était nul ne produisait aucun effet, et non pas seulement une action en nullité ou en annulation, comme, en général, dans les principes du Code civil.

Au lieu que lorsque l'acte était valable en lui-même, mais que cependant il était sujet à rescision pour quelque cause, celui qui l'avait consenti était considéré comme valablement obligé; seulement il pouvait recourir au Préteur pour obtenir d'être restitué contre cet acte : c'est ce qu'on appelait la restitution en entier, *restitutio in integrum*, par le moyen de laquelle le Préteur remettait les parties au même état qu'avant l'acte rescindé. Et le délai pour obtenir la restitution, était en général, d'après les constitutions des Empereurs, de quatre années, à compter de l'époque où la partie lésée était présumée avoir pu agir.

Tels étaient les cas où des pubères mineurs de vingt-cinq ans avaient été lésés par des actes qui ne leur étaient pas spécialement interdits par quelque loi ou par quelque sénatus-consulte, et qui leur avaient fait éprouver une lésion de quelque importance. Nous disons, *qui ne leur étaient pas spécialement inter-*

dits par quelque loi ou par quelque sénatus-consulte, car pour ceux-ci, comme la vente des immeubles sans un décret préalable du magistrat, ils auraient été nuls, et non pas seulement sujets à rescision.

La restitution en entier était aussi accordée dans beaucoup de cas aux majeurs eux-mêmes, comme dans ceux de violence ou de dol ; mais il paraît que l'erreur sur la substance de la chose ou de l'affaire rendait nuls de plein droit les contrats dits *bonæ fidei*, comme la vente, le louage, la société.

521. Dans les principes actuels, les vices qui infectent les conventions les rendent bien nulles ou rescindables, lorsque ces vices sont du nombre de ceux auxquels la loi a attaché cet effet ; mais dans les cas même où la loi parle expressément de la nullité, ce n'est pas, généralement du moins, pour exprimer absolument la même chose que dans le droit romain, et même dans notre ancienne jurisprudence : c'est pour dire que la partie aura le droit d'exercer une action en annulation de son engagement pour s'en faire libérer, à la charge de l'exercer dans les délais de droit, sauf les cas où l'acte étant absolument nul (et dont nous parlerons bientôt), il n'est pas même besoin d'intenter une action en nullité.

Aussi l'article 1234 met-il l'action en nullité des conventions, comme celle en rescision, au nombre des manières d'après lesquelles s'éteignent les obligations ; et l'art. 1304 fixe le délai général de dix ans pour l'exercer, qu'elle soit en nullité ou en

rescision, n'importe, confondant ainsi les deux dénominations, que jadis l'on distinguait si soigneusement, et avec beaucoup de raison, puisque les effets étaient si différens.

522. Ainsi, d'après l'art. 1117, « la convention « contractée par erreur, violence ou dol n'est pas « nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à « une action en nullité ou en rescision dans les cas « et de la manière expliqués à la section VII du « chapitre V du présent titre. »

Les actes passés par des incapables ne sont pas non plus nuls de droit, dans le sens des anciens principes (1); l'art. 1125 porte que « le mineur, « l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, « pour cause d'incapacité, leurs engagemens, que « dans les cas prévus par la loi; » et l'art. 1304 ne leur donne également que dix ans pour intenter l'action en nullité ou en rescision, à partir de la majorité, ou du jour où l'interdiction a cessé, ou de la dissolution du mariage.

Il est vrai que l'art. 502 dit que les actes passés par l'interdit, postérieurement au jugement d'interdiction, *sont nuls de droit*, mais cela doit être entendu en ce sens que, pour en faire prononcer la nullité, l'interdit n'aura pas autre chose à prouver si ce n'est qu'il était interdit au moment où il a

---

(1) *Voyez* toutefois ce qui a été dit au tome X, n° 278 et suivant, relativement aux actes faits par un enfant au dessous de sept ans, actes absolument sans effet, et réputés faits *jocandi causâ*, même à l'égard de celui qui a fait l'acte avec l'enfant.

passé l'acte. La nullite est d'ailleurs si peu absolue et perpétuelle, que si l'interdit ne réclame pas dans les dix ans de la main-levée de l'interdiction, la nullité du contrat, pour obtenir la restitution des choses qu'il a livrées ou payées, il ne le pourra désormais, fût-ce un immeuble; en sorte que l'acte aura produit tous ses effets, comme s'il eût été passé avec une personne parfaitement capable. Et la personne qui a traité avec l'interdit ne peut opposer l'interdiction (art. 1125); elle ne pourrait alléguer que, lors de l'acte, l'interdit n'était point dans un intervalle lucide, qu'il était totalement privé de sa raison, qu'ainsi il n'a pu donner un consentement, et que cependant le consentement des parties est essentiel à tout contrat (art. 1108); elle serait déclarée *non recevable* dans son allégation, et par conséquent non admise à en faire la preuve... Tant pis pour elle si elle a traité avec un individu en démence; il faut bien qu'elle ne l'ait pas jugé tel lorsqu'elle a traité avec lui, et si la démence existait réellement au moment de l'acte, c'est sa faute d'avoir contracté avec un homme en pareil situation.

Ainsi, à l'égard des actes infectés des vices d'erreur, de violence, de dol ou de lésion, ou annulables ou rescindables pour cause d'incapacité, comme ils peuvent être confirmés, le vice est susceptible aussi de se couvrir par le laps de temps fixé par la loi; et il en est de même de la plupart des autres causes qui peuvent donner lieu à l'annulation ou à la rescision des contrats, comme sont, en général, les vices de

forme. Nous voyons même que le mariage qui a été contracté par un impubère, ou par un enfant de famille qui n'a pas obtenu le consentement de ses parens, se ratifie tacitement par le laps de temps déterminé par les articles 182, 183 et 185.

523. Mais dans plus d'un cas aussi, la nullité est réellement radicale, en ce sens même qu'elle ne se couvre point par le temps, ni par aucune ratification. Tels sont, par exemple, les cas d'un mariage contracté entre parens ou alliés au degré prohibé pour le mariage, ou par une personne déja engagée dans les liens d'une première union encore subsistante; aucun laps de temps ne peut purger le vice qui infecte de semblables mariages; ils seront toujours nuls comme ils le sont dès le principe.

Tels sont aussi les cas où une convention n'aurait qu'une cause illicite ou contraire aux bonnes mœurs, ou serait absolument sans cause, ou n'aurait pas d'objet, ou, ce qui revient au même, quand l'objet était hors du commerce au moment du contrat.

Dans ces cas, en effet, il y a nullité radicale de la convention; le contrat n'a que l'apparence d'un contrat, en tant que la loi ou la nature des choses s'opposait à ce qu'il produisît les effets possibles d'un contrat même annulable ou rescindable dans un délai déterminé (1). Aussi le Code n'a-t-il pas,

---

(1) Sauf, quant au mariage, le cas où les époux ou l'un d'eux serait de bonne foi. (Art. 201 et 202.)

comme pour les contrats entachés des vices d'erreur, violence, dol ou lésion, ou passés par des mineurs, des interdits ou des femmes mariées non autorisées, fixé un délai pour agir en nullité.

Il est bien vrai que l'art. 1304, dans sa première disposition, porte que dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans; mais ce principe général n'a pas pour objet d'établir que tout acte quelconque nul aux yeux de la loi est seulement annulable pendant dix ans; il a pour but d'établir que lorsqu'un acte est annulable ou rescindable à raison d'un vice de nature à se purger, l'action en nullité ou en rescision dure en général dix ans; ce qui est bien différent.

Comment en effet un mariage nul pour inceste ou bigamie, ou une convention qui n'aurait pas d'objet, ou qui n'en aurait qu'un hors du commerce, ou qui serait fondée sur une cause contraire à l'ordre public, pourraient-ils être confirmés tacitement par le laps de dix années, ou d'un temps quelconque, puisqu'ils ne pourraient l'être à aucune époque, par les actes le plus formels? « L'action « en nullité ou en rescision, disait M. Jaubert, dans « son rapport au Tribunat sur le projet de loi, l'ac- « tion en nullité ou en rescision ne s'applique donc « qu'aux cas où la convention peut produire une « action, qui, néanmoins, est susceptible d'être re- « poussée par une exception, c'est-à-dire, 1° aux

« cas d'incapacité; 2° au défaut de consentement.

« Et c'est là la grande matière des demandes en « restitution, et des actions rescisoires, qui ont « tant occupé les jurisconsultes.

« Il a paru à votre section que le projet avait « adopté les principes les plus justes, les plus équi- « tables et les plus analogues à la morale et au « repos des familles.

« Et d'abord il était impossible de ne pas conser- « ver l'ancienne distinction entre les actes fausse- « ment qualifiés de contrats, et qui ne produisent « jamais d'action, et les contrats qui ont contenu « une obligation, et conséquemment le principe « d'une action, laquelle action peut être seulement « repoussée par une exception.

« Lorsqu'il s'agit d'un engagement contracté sans « objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il « est tout simple que celui qui a souscrit l'engage- « ment n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se « faire dégager, ou que du moins, *à quelque époque* « *qu'il soit poursuivi, il soit toujours admis à ré-* « *pondre qu'il n'y a pas d'obligation.* Mais *lorsqu'il* « *s'agit d'un mineur, d'une femme mariée, ne se-* « *rait-il pas extraordinaire que le temps de la resti-* « *tution ne fût pas limité?* »

524. Cette distinction est juste et essentielle; elle établit clairement quels sont les actes qui ont seulement l'apparence d'un contrat, qui, au fond, ne sont rien, ne renferme aucune obligation véri-

table, et les conventions qui, quoique vicieuses sous certains rapports, sont néanmoins valables, en tant qu'elles ne sont pas nulles de plein droit, qu'elles peuvent seulement être annulées ou rescindées dans un délai fixé par les lois, et passé lequel l'acte produit ses effets en droit et en fait, comme s'il eût été régulier dès le principe, ou du moins comme s'il eût été régulièrement confirmé ou ratifié. Elle démontre que dans les cas où la nullité peut être considérée comme étant d'ordre public, ou que l'obligation, d'intérêt purement privé, est infectée d'un de ces vices qui ne sauraient se purger par la ratification de la partie, cette partie peut toujours, si elle est jamais poursuivie en exécution d'un tel engagement, opposer l'exception de nullité : aussi bien après les dix ans depuis l'acte, que dans les dix ans; et qu'ainsi le délai fixé par l'article 1304 n'est point établi pour ces sortes d'actes, même pour agir par voie d'action en nullité, soit que la partie eût ou non exécuté un engagement de cette sorte. Tandis que dans les cas où la convention est simplement annulable ou rescindable pour un de ces vices qui tombent sur le consentement ou la capacité, c'est dans le délai fixé par cet article que la partie doit agir en nullité, à peine ensuite d'être déclarée non recevable à le faire.

Ce dernier point n'est pas douteux lorsque la partie ayant exécuté le contrat (hors le cas de ratification valable), elle veut ensuite le faire annuler pour répéter ce qu'elle a livré ou payé : il est certain

alors, fût-ce un immeuble, qu'elle ne pourrait en recouvrer la propriété qu'en attaquant l'acte d'aliénation dans les dix ans. Mais lorsqu'elle n'a pas exécuté, et qu'elle est poursuivie en exécution après les dix ans, quelques personnes pensent, par application de l'ancienne maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, qu'elle peut encore opposer l'exception de nullité, que cette exception dure autant que l'action née du contrat lui-même. C'est ce que nous examinerons au paragraphe suivant.

525. Nonobstant la loi du 7 septembre 1790, qui, ainsi que nous l'avons dit, a décidé que désormais la forme de procéder en rescision serait la même que pour procéder en nullité, et nonobstant aussi les différentes dispositions du Code qui qualifient l'action qui naît du dol, de l'erreur ou de la violence, tantôt action en nullité, et tantôt action en rescision, M. Toullier enseigne néanmoins que ces actions sont encore différentes au fond; mais les différences qu'il signale ne sont point, selon nous, le résultat d'observations exactes, ainsi qu'on va en juger.

D'abord, dit-il, dans les obligations nulles de droit, la nullité du contrat est apparente : la seule représentation du contrat suffit pour la rendre visible, il n'y a que l'*apparence* d'un contrat, la loi en ayant d'avance prononcé la nullité. Au lieu que la rescision suppose que l'acte est valable en ap-

parence, mais qu'il peut être attaqué pour quelque vice intrinsèque et caché qu'il faut prouver, et qui ne peut être découvert que par une instruction approfondie, suivie d'un jugement.

Cette doctrine, qui appartient à quelques-uns des anciens auteurs qui ont traité des nullités et des rescisions, ne peut plus être soutenue sous le Code.

Que pour les nullités de forme, l'on dise que la nullité se montre à la seule inspection de l'acte, soit, et encore y a-t-il souvent beaucoup de doute sur le point de savoir si elle existe réellement. Mais dans combien de cas ne consiste-t-elle pas seulement dans un vice intrinsèque et caché, qu'il faut prouver, et qui ne peut être non plus découvert que par une instruction approfondie, suivie de jugement? L'on pourrait citer la plupart des nullités de mariage : pour bigamie, inceste, défaut de publicité, où la nullité, quoique prononcée d'avance par la loi, ne se montre pas pour cela toujours à la seule inspection de l'acte, et où souvent, au contraire, une instruction approfondie est nécessaire, afin de s'assurer si le premier mariage, dont les époux, par supposition, opposeraient la nullité (art. 189), est ou non valable, ou si les époux sont réellement parens ou alliés au degré prohibé pour le mariage, ou si les formalités prescrites pour lui donner la publicité ont été observées à un degré suffisant, etc.

Et les actes consentis par erreur, violence ou dol ne portent pas non plus avec eux la preuve

de leur nullité; ils ne renferment aussi qu'un vice intrinsèque et caché, qui ne peut être découvert, du moins ordinairement, qu'au moyen d'une instruction approfondie, comme le dit l'auteur pour les cas de simple rescision; or, si le Code, dans quelques-uns de ses articles (887 et 2053), qualifie l'action qui naît de ces vices, action en *rescision*, dans plusieurs autres aussi il l'appelle action en *nullité*. A la vérité il ne prononce pas la nullité de plein droit dans ces cas (art. 1117), mais cela ne fait rien à la question, car il ne dit pas non plus que ces vices donnent simplement lieu à la rescision, ce qui serait nécessaire pour que la différence indiquée par M. Toullier entre la nullité et la rescision fût réelle quant à ce point. Ce n'est guère que dans l'article 682 du Code de procédure, que la loi, en établissant la nullité pour le cas qui y est prévu, déclare qu'il ne sera pas besoin de la faire prononcer par les tribunuax, quoique assurément ce cas ne soit pas le seul où effectivement il n'est pas besoin d'agir par voie de nullité d'acte; car, indépendamment de ceux dont nous avons parlé, il est bien certain que si Paul avait vendu et livré mon fonds à Philippe, sans mon aveu, je n'aurais pas besoin d'agir par action en nullité de ce contrat, quoique le Code le déclare *nul* (art. 1599); j'agirais contre Philippe par action en revendication.

D'ailleurs, ce qui prouve encore que la doctrine de M. Toullier sur ce point manque d'exactitude, c'est l'art. 502, qui prononce textuellement *la nul-*

lité de plein droit du contrat passé par un interdit postérieurement au jugement d'interdiction, et cependant, ainsi que nous l'avons démontré plus haut, ce contrat ne peut pas être pour cela regardé comme n'existant pas, comme ne produisant aucun effet, non seulement parce que l'autre partie ne peut en demander la nullité (art. 1125), mais encore parce que si l'interdit lui-même ne la demandait pas dans les dix ans, à partir de la main-levée de l'interdiction, le contrat, devenu inattaquable, se trouverait avoir produit ses effets; ce que M. Toullier lui-même ne contesterait pas dans le cas où l'acte aurait reçu son exécution. Au lieu que s'il n'y avait que l'*apparence* d'un contrat, si le contrat était censé ne pas exister, assurément les résultats seraient loin d'être les mêmes.

Une seconde différence, dit le même auteur, c'est que, dans le cas de la nullité prononcée par la loi, le juge ne pourrait se dispenser de la déclarer sans exposer sa décision à la censure; tandis que dans le cas de rescision, comme il s'agit d'apprécier des faits, de voir s'ils sont prouvés et s'ils sont de nature à opérer la nullité de l'acte, le juge peut, dans sa prudence, admettre ou rejeter la demande, selon la nature des preuves et des faits prouvés.

Mais nous répondrons que, dans les *nullités* aussi qui consistent en *fait*, comme dans les cas d'erreur, de violence ou de dol, d'obligations attaquées pour défaut de cause ou de cause licite, etc., le juge peut pareillement, dans sa prudence, admettre ou rejeter

la demande, selon la nature des preuves et des faits prouvés. On trouve bien sans doute cette différence que, lorsque la nullité résulte de certains faits, le juge a l'appréciation de ces mêmes faits; tandis que lorsque l'acte est nul pour vice de forme ou pour avoir été fait dans telle circonstence, par telle personne, ou au profit de telle personne, la preuve de la nullité etant positive et directe, du moins généralement, il ne peut s'empêcher de déclarer l'acte nul, sans exposer sa décision à la censure; mais cela n'établit point non plus une différencc entre les cas de nullité et ceux de rescision.

Une troisième différence entre la nullité et la rescision, dit encore M. Toullier, c'est que dans le cas de nullité, l'acte étant nul, il ne peut produire aucun effet. « Ainsi, dit-il, j'ai vendu tel immeuble, moyennant une somme de..., qui m'a été payée comptant; le notaire qui a reçu l'acte n'a été assisté que par un témoin au lieu de deux, et l'acte porte ma déclaration de ne savoir signer. Si l'acheteur veut se mettre de fait en possession, je puis intenter l'action en complainte pour être maintenu en la mienne, et pour qu'il lui soit fait défense de m'y troubler. S'il répond qu'il ne me trouble point, puisque je lui ai vendu l'immeuble par le contrat qu'il représente, je réplique que ce contrat est nul, et que la justice ne peut le reconnaître, puisque la loi le proscrit. Le juge de paix ne peut avoir égard à un pareil acte, ni en prononcer la nullité; il doit l'écarter sans rien prononcer contre le droit de

l'acheteur ; et c'est ainsi que le juge doit prononcer toutes les fois que l'acte renferme la preuve directe et positive de sa nullité.

« Que si l'acheteur s'était mis de fait en possession de l'immeuble, en m'en chassant, j'exercerais l'action en réintégrande, sauf à lui à se pourvoir au pétitoire ; mais dans ce cas, le juge de paix ne connaîtrait ni de la validité, ni de l'invalidité de l'acte, attendu qu'il n'est pas compétent pour en juger. Il se borne à ce que son devoir lui prescrit, *à ne pas prendre en considération un acte qui ne présente pas les caractères indiqués par la loi pour le faire reconnaître.* »

Il résulterait évidemment de la doctrine de l'auteur, qu'il en devrait être autrement si l'acte était simplement sujet à rescision, c'est-à-dire, selon lui, pour un vice intrinsèque et caché ; autrement la différence qu'il prétend voir entre la nullité et la rescision sous ce rapport, serait chimérique ; or, elle l'est cependant tout-à-fait. En effet, le juge de paix, dans la première hypothèse, maintient le vendeur en possession parce qu'il y est, et non l'acheteur, depuis plus d'une année ; et dans la seconde, il le réintègre dans la possession parce qu'il n'a pas cessé de posséder depuis plus d'un an (art. 23 Cod. de procéd.). Le juge de paix ne connaît que de la possession, qui est un fait, et non du droit, ou du mérite des conventions ; et cela est vrai tout aussi bien dans le cas ou l'acte donnerait seulement lieu à une de ces actions pour vice intrinsèque et caché,

que M. Toullier appelle, pour cette cause, action en rescision, que dans le cas où il donne lieu à une action en nullité, parce que, dans aucun cas, le juge de paix n'est compétent pour connaître de l'acte, pour le prendre ou non en considération. Les actes ne sont pas, en général, d'un grand poids dans les simples questions de possession, et le juge de paix, pour se conformer aux règles sur les actions possessoires, ne doit y avoir égard que comme moyen de preuve du fait de possession lui-même, comme serait le cas où des titres déja anciens détermineraient les limites de certains héritages qui n'ont point été livrés à la culture, et où ils pourraient donner lieu de penser, jusqu'à preuve du contraire, que celui qui les produit a possédé jusqu'à ces mêmes limites. Mais il ne s'agit point de cela dans l'espèce, et quand bien même l'acte de vente *présenterait tous les caractères indiqués par la loi pour le faire reconnaître*, qu'au lieu d'un vice de forme, il ne renfermerait qu'un vice intrinsèque et caché, comme le dol ou la lésion; qu'il faudrait, en conséquence, une instruction approfondie pour découvrir ce vice, et un jugement pour le déclarer, le juge de paix ne devrait pas moins statuer de la même manière sur l'action possessoire dans l'une ou l'autre des hypothèses faites par M. Toullier; en sorte que la différence qu'il a cru voir, sous ce rapport, entre le cas de nullité et celui de rescision, est tout aussi chimérique que les précédentes, et contient de plus une erreur préjudiciable.

526. Peut-être l'unique différence qui existe actuellement dans les effets entre l'action en nullité et l'action en rescision, (quoique le Code, ainsi que nous l'avons dit, leur donne indifféremment l'une ou l'autre dénomination dans beaucoup de cas), c'est que, lorsque la demande est fondée sur la lésion, le défendeur peut en arrêter le cours par l'offre d'une indemnité, et empêcher ainsi la rescision de l'acte : du moins la loi lui donne positivement ce droit en matière de vente d'immeubles, attaquée pour lésion de plus des sept douzièmes dans le prix (art. 1681), et en matière de partage, attaqué pour lésion de plus du quart (891); et l'on ne voit pas pourquoi cela ne serait pas également admis dans le cas où un mineur se pourvoit en rescision pour simple lésion, en vertu de l'art. 1305.

Dans ces trois cas, au surplus, l'action est constamment qualifiée par le Code, *action en rescision.*

527. Les nullités, comme les rescisions, fondées sur l'incapacité de l'un des contractans, ne peuvent plus aujourd'hui être invoquées que par les incapables eux-mêmes et leurs ayant-cause, et non par ceux qui ont traité avec eux (art. 1125 (1); elles sont simplement relatives. Au lieu qu'anciennement celui qui avait traité avec une femme non dûment autorisée, pouvait invoquer la nullité tout comme la femme elle-même : elle était absolue.

---

(1) *Voyez* toutefois la note placée sous le n° 522, *suprà.*

528. Mais quand les nullités sont fondées sur des vices de forme, ou autre cause que l'incapacité de l'une des parties contractantes, chacune des parties peut les invoquer, et les opposer même à l'incapable avec lequel elle aurait traité.

529. Les docteurs ont longuement disputé sur les nullités : la loi 5 au Code, *de legibus*, il faut l'avouer, leur a fourni un texte qui devait effectivement prêter à la controverse. *Quæ lege fieri prohibentur*, dit cette loi, *si fuerint facta*, *non solùm inutilia*, *sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantùm*, *nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est.*

Ainsi, la contravention à la prohibition établie par le législateur entraînerait non seulement le droit de demander l'annulation de l'acte, mais encore sa nullité tellement radicale, qu'il serait censé ne pas exister, par conséquent qu'il n'y aurait pas besoin de le faire réformer par les tribunaux. Assurément, sous ce rapport, le principe consacré par cette loi n'est point d'une application générale et absolue sous le Code civil, car il est une foule de cas dans lesquels la contravention à la prohibition de la loi ne donne même pas lieu à faire annuler l'acte, loin de le faire considérer comme frappé d'une nullité radicale, comme non avenu, comme n'existant pas. Le titre du mariage en fournit plusieurs exemples, notamment l'art. 228, qui défend formellement à la femme de contracter un nouveau

mariage avant les dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent, sans cependant qu'il y ait lieu de prononcer la nullité de celui qu'elle aurait contracté (1). Aussi, contrairement au texte si impératif de la loi romaine ci-dessus, les docteurs ont-ils établi, comme règle fondée sur l'observation, que *multa fieri prohibentur, quæ si facta fuerint, obtinent tamen firmitatem.*

Beaucoup d'entre eux font toutefois une distinction entre les lois prohibitives et les lois impératives; et ils ont établi d'une manière générale que, dans les premières, la contravention à la loi rend l'acte nul, ou du moins susceptible d'être annulé, quand même la nullité n'aurait point été textuellement prononcée dans la disposition; au lieu que dans les secondes, si la nullité n'est pas prononcée formellement, on doit plus difficilement la suppléer. Mais nous venons de voir, par quelques exemples tirés du mariage, et qui ne sont pas les seuls qu'on pourrait citer, que cette proposition, relative aux dispositions prohibitives, est trop absolue, et par cela même qu'elle manque d'exactitude.

Plusieurs docteurs font au reste exception pour les cas où la loi prohibitive ou impérative a attaché une peine à la violation de sa disposition, sans prononcer en même temps la nullité de l'acte fait en contravention; alors, selon eux, le législateur est

---

(1) *Voyez* tome II, n° 176, et les arrêts cités à l'appui de cette décision.

censé avoir voulu ne prononcer que la peine, ou s'en contenter. On trouve en effet plusieurs cas, et le titre du mariage, dans les art. 156, 157 et 192, en renferme quelques-uns, dans lesquels il n'y a lieu qu'à la peine établie par la loi, et non à la nullité de l'acte.

Mais lorsque la loi a établi tout à la fois la nullité et une peine, l'une et l'autre doivent être prononcées. Plusieurs dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, sur *le notariat,* notamment les art. 6 et 15, combinés avec l'art. 68, en offrent des exemples. L'art. 1597 du Code civil prononce aussi cumulativement la nullité de l'acte et la peine des dépens et des dommages-intérêts. Cependant l'art. 193 décide que les peines portées par l'article précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées pour toute contravention aux règles prescrites par l'art. 165, *lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.* Mais, indépendamment de ce que le mariage est une matière qui se régit plutôt par des principes qui lui sont propres, que par les principes généraux du droit, et indépendamment aussi de ce que la nullité n'a point été positivement établie pour la contravention aux règles prescrites par cet art. 165, on peut dire qu'il n'est point de principes absolus en matière de nullité, et que la loi romaine citée ci-dessus ne peut être admise dans notre droit que comme une de ces règles générales susceptibles de plus ou de moins

de modifications, selon la nature des actes et des dispositions.

Elle est bien applicable, par exemple, en tout ce qui concerne la forme des testamens, car l'art. 1001 est positif à cet égard.

Mais elle ne l'est pas en matière de procédure, attendu que l'art. 1030 du Code qui la régit pose en principe, « qu'aucun exploit ou acte de procé-« dure ne peut être déclaré nul, si la nullité n'est « pas formellement prononcée par la loi... Et suivant l'art. 173 du même Code, « toute nullité « d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, « si elle n'est proposée avant toute défense ou « exception autre que les exceptions d'incompé-« tence. »

Quant à la forme de l'acte dans les contrats, il faudrait dire, suivant plusieurs auteurs, que lorsque la loi a prescrit quelque chose sur la forme d'un contrat, elle annulle indistinctement, même sans l'addition de la clause irritante, celui qui est fait dans une autre forme, parce que, dit-on, *forma dat esse rei; et indè, ex formâ non servatâ, resultat nullitas actûs*. Cette décision n'est toutefois pas aujourd'hui d'une vérité absolue, en admettant qu'elle l'ait été dans les anciens principes, ce que nous ne croyons même pas.

D'abord, à l'égard des actes reçus par les notaires, il n'y aurait lieu à en prononcer la nullité pour vice de forme, que dans les cas seulement où la loi du 25 ventôse an XI la prononce elle-même, encore

qu'il n'y eût point d'amende ou de peine établie comme punition de l'inobservation du prescrit de la loi ; or, ces cas sont ceux-là seulement auxquels s'applique l'art. 68 de ladite loi.

En second lieu, d'après l'art. 196 du Code, lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte.

Et suivant l'art. 1318, l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties ; ce qui doit toutefois être entendu du cas où l'acte pourrait, à raison de la nature de la convention, avoir effet comme écriture privée.

Mais à l'égard des actes sous seing-privé dont parlent les articles 1325 et 1326, il est vrai de dire que s'ils n'ont point été passés conformément au prescrit de la loi, ils ne sont point valables, bien que le dernier de ces articles ne prononce pas la nullité de celui dont il s'occupe. Nous verrons au surplus en quels sens ils sont nuls, lorsque nous analyserons ces dispositions.

Quant au fond des conventions elles-mêmes, on tient pour principe que les mots *ne peuvent*, *ne doivent* et autres semblables, par lesquels la loi prohibe telle ou telle convention, telle ou telle réserve ou condition, sont généralement équivalens à la nullité formellement prononcée, sauf quel-

ques cas très rares, où, comme dans l'art. 228, au titre *du mariage*, ils n'ont pas cette force.

Car le législateur ne pouvait, sans rendre fastidieuse la rédaction des lois, déclarer, à chaque disposition, que l'acte serait nul s'il était fait contrairement à cette même disposition. Les rédacteurs du Code l'ont bien fait dans plusieurs cas, notamment dans ceux prévus aux articles 896, 931, 943, 944, 945, 1597, 2063, 2185; mais, en général, la nullité n'est prononcée dans les dispositions du Code que d'une manière tacite, par la forme de la rédaction de la disposition : comme lorsqu'elle porte que l'acte ne sera valable *qu'autant que...*, *pourvu que...*, *à condition que*, *si telle chose a lieu*, etc. ; ou bien lorsqu'il est dit *qu'on ne peut faire* telle stipulation, *qu'il n'y a pas lieu* à la faire, *qu'elle n'est point valable*. Tels sont entre autres les articles 1388 et suivans. où les expressions *ne peuvent* ont évidemment la même force que si la nullité de la stipulation prohibée était textuellement prononcée. Dans tous les cas prévus par ces articles, et une foule d'autres, il est vrai de dire, avec la loi 5 au Code, *de legibus*, que la nullité résulte de la prohibition seule, tout comme si elle était littéralement écrite dans la disposition législative. La convention est nulle, même sans l'addition de la clause irritante, qui est sous-entendue dans ces cas, du moins généralement.

§ II.

De la durée de l'action en nullité ou en rescision.

SOMMAIRE.

530. *En général, les actions en nullité ou en rescision des conventions durent dix ans.*

531. *Ce temps n'est point établi pour les actions en nullité des testamens et autres actes qui ne sont point des conventions.*

532. *Certains cas où l'action en rescision d'une convention est limitée à un temps beaucoup plus court.*

533. *Le temps, en principe, court du jour du contrat, même lorsqu'il y aurait un terme pour l'exécution ou paiement.*

534. *Et même lorsqu'il y aurait une condition suspensive.*

535. *Dans les cas de violence, d'erreur ou de dol, le temps ne commence à courir que du jour de la cessation de la violence, ou de la découverte de l'erreur ou du dol.*

536. *Mais c'est au demandeur en nullité qui agit après les dix ans depuis le contrat, à faire la preuve qu'il est encore dans le délai utile.*

537. *La nullité pour vice de forme des actes reçus par notaires, doit être demandée aussi dans les dix ans à partir du jour du contrat.*

538. *La nullité d'une donation pour vice de forme ne se couvre point, à l'égard du donateur, par le laps de temps fixé pour exercer l'action en nullité ou en rescision des conventions.*

539. *Les actes restés imparfaits pour n'avoir point été signés sont considérés comme non avenus à toute époque, comme de simples projets.*

540. *Le temps court à l'égard des actes passés par les femmes mariées non autorisées, à compter du jour de la dissolution du mariage.*

541. *Il n'est point interrompu ni suspendu par le convol de la femme.*

542. *Le temps court contre la femme, même pendant le mariage,*

si la cause de nullité ne provient point du défaut d'autorisation, sauf ce qui est établi relativement à l'aliénation prohibée des immeubles dotaux, et le cas où la femme aurait été violentée ou circonvenue aussi par son mari.

543. *A l'égard des actes passés par des mineurs ou des interdits, le temps court à compter de la majorité, ou du jour où l'interdiction a cessé.*

544. *Lorsque des tiers ont vendu des biens appartenant à des mineurs, ceux-ci ou leurs héritiers ont la revendication ordinaire jusqu'à ce que les acheteurs en aient prescrit la propriété.*

545. *Il en est de même, selon l'auteur, lorsque le tuteur a vendu les biens des mineurs de sa propre autorité, sans remplir les formalités prescrites.*

546. *La restitution accordée aux mineurs ne profite qu'à eux seuls et à leurs représentans, et non aux majeurs qui se sont obligés avec eux;* secùs in individuis.

547. *L'action est transmissible aux héritiers, qui n'ont toutefois que ce qui restait de temps à leur auteur lorsque celui-ci est mort en état de pouvoir agir.*

548. *Si le temps est suspendu pendant la minorité ou l'interdiction des héritiers, comme en matière de prescription ordinaire? discussion.*

549. *Si la maxime* quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum, *a été conservée par le Code?*

550. *Distinction importante, quant à leur durée, entre les actions en répétition, et les actions en nullité ou en rescision.*

551. *Application de la distinction à un cas mal résolu par un auteur.*

552. *Distinction aussi entre les nullités ou les rescisions, et les résolutions et les révocations d'actes ou contrats.*

530. Suivant l'article 1304, « dans tous les cas où « l'action en nullité ou en rescision d'une conven- « tion n'est pas limitée à un moindre temps par une « loi particulière, cette action dure dix ans. »

531. Ainsi, il ne s'agit ici que de l'action en nullité ou en rescision des conventions; par conséquent l'action en nullité des testamens ou autres actes qui ne sont point des conventions, n'est pas limitée à la durée de dix ans; elle est soumise au droit commun, suivant lequel toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par trente ans. (Art. 2262.)

532. L'action en rescision pour cause de lésion des sept douzièmes dans le prix de vente d'immeubles, dure seulement deux ans, à compter du jour de la vente (art 1676). Et le délai court contre les femmes mariées et les absens, les interdits et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu; et il n'est point suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat (*ibid.*).

Dans le cas prévu à l'article 1854, le délai pour attaquer l'acte n'est que de trois mois, à partir du jour où l'associé lésé en a eu connaissance; et dans les cas où il y a lieu à résiliation du contrat de vente pour moindre contenance, l'action ne dure qu'une année. (Art. 1622.)

533. Et, sauf les cas dont il va être parlé, le délai pour agir en nullité ou en rescision court à compter du jour du contrat, puisque l'art. 1304 n'a pas fixé une autre époque. Cela ne saurait souffrir de doute même dans le cas où l'acte porterait un terme pour son exécution; car de ce que le créancier ne pourrait former de demande avant l'échéance du terme, cela n'empêcherait pas le débiteur d'agir

en nullité avant le terme, pour se faire libérer de son engagement.

534. S'il peut y avoir du doute, c'est dans le cas où l'obligation sujette à nullité ou à rescision serait sous une condition suspensive. On pourrait prétendre en effet que la condition pouvant venir à manquer, il n'y a pas de motif suffisant pour que la partie obligée se jette dans les embarras d'un procès en nullité pour faire anéantir un acte dont on ne pourra peut-être jamais lui demander l'exécution ; que d'ailleurs tant que la condition n'est pas accomplie, il n'y a pas à proprement parler d'obligation, il y a seulement une espérance de dette, *tantùm spes debitum iri* (1): ce qui empêche la prescription de courir contre le créancier, puisque jusque là il ne peut agir (art. 2257) ; or l'action en nullité a été introduite pour faire annuler des obligations existantes.

Cependant nous sommes d'un avis contraire. D'abord, le débiteur peut agir quoique la condition ne soit pas encore accomplie, parce qu'il a intérêt à demander au plus tôt l'annulation de l'engagement, tout conditionnel qu'il est, puisque les preuves du vice dont il est infecté pourraient venir à périr avec le temps, et la condition s'accomplir ensuite. En second lieu, parce qu'il y a un engagement, quoique l'obligation de livrer la chose soit seu-

---

(1) § 4, Instit. *de verb. oblig.*

lement sous condition, et cette condition une fois accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179), ce qui fait en quelque sorte supposer qu'il a été fait purement et simplement, et ce qui place par conséquent la question sous la disposition littérale de l'art. 1304, qui ne fait en effet aucune distinction entre les obligations conditionnelles et les autres. M. Delvincourt est d'un avis contraire au nôtre.

535. Dans le cas de violence, de dol ou d'erreur, le temps ne court que du jour où la violence a cessé ou que le dol ou l'erreur ont été découverts (1304).

536. Mais si l'action est intentée après les dix ans qui ont suivi le contrat, et que le défendeur prétende qu'elle est maintenant non recevable, ce n'est point à lui, quoique demandeur dans son exception (*reus excipiendo fit actor*), à prouver que la violence a cessé ou que l'erreur ou le dol ont été découverts depuis plus de dix ans ; c'est au contraire au demandeur à établir qu'il y a moins de dix ans, et qu'il est en conséquence encore dans le délai utile pour agir. Comme demandeur, il doit non seulement prouver le fait sur lequel il fonde son action, mais encore qu'il est dans le délai utile pour l'exercer ; il doit prouver ce qui a prolongé la durée de ce délai, qui, en principe est de dix ans à partir du contrat. Ce n'est pas là l'obliger indirectement à prouver une négation, savoir, qu'il n'a pas acquis sa liberté, ou qu'il n'a pas découvert le dol ou l'erreur avant telle époque ; c'est l'obliger,

au contraire, à prouver un fait positif, qu'il a acquis sa liberté, ou qu'il a découvert le dol ou l'erreur à tel jour, qui n'a pas précédé de plus de dix ans celui où il a formé sa demande en nullité.

Mettre la preuve à la charge du défendeur, ce serait le forcer indirectement, dans la plupart des cas du moins, à confesser le vice de l'obligation, qu'il nie probablement, malgré la preuve qu'en doit alors faire le demandeur; car il est clair qu'il ne pourrait prouver que la violence *a cessé* ou que le dol ou l'erreur *ont été découverts* à telle époque, qui remonterait au delà de dix ans, sans reconnaître par là même qu'il y a eu violence, dol ou erreur; or l'on ne peut raisonnablement être forcé de confirmer soi-même par son aveu la prétention de son adversaire, sauf ce qui est relatif à l'aveu judiciaire, mais alors les formes tracées par la loi pour l'obtenir doivent être observées.

D'ailleurs, dans les cas où l'ouverture à requête civile est le dol de l'adversaire, ou la découverte de pièces décisives retenues par lui, le délai ne commence bien à courir aussi que du jour de la découverte du dol ou des pièces, mais il faut pour cela qu'il y ait preuve par écrit, et non autrement, du jour où cette découverte a eu lieu (art. 488, Code de procéd.), ce qui évidemment est une preuve à fournir par le demandeur en requête civile. Le Code n'exige pas, il est vrai, que le demandeur en nullité pour cause de dol, qui agit après les dix ans depuis le contrat, et qui prétend avoir découvert le

dol depuis moins de dix ans, prouve par écrit le jour où, suivant lui, la fraude a été découverte, et, sous ce rapport, on reste dans les termes du droit commun, sauf aux tribunaux à apprécier, d'après les circonstances de la cause, les caractères et la nature de la preuve testimoniale invoquée, afin qu'il n'ait pas dû dépendre du demandeur en nullité de prolonger à son gré la durée du temps donné par la loi pour l'exercice de l'action ; mais du moins doit-il prouver qu'il n'a découvert la fraude que depuis moins de dix ans, par conséquent qu'il a agi dans le délai utile, tel qu'il est fixé par l'art. 1304 du Code civil.

La question a été jugée en ce sens en matière de partage attaqué pour cause d'erreur après dix ans de la date de l'acte, par arrêt de cassation du 26 juillet 1825, (Sirey, 1825-1-370), que nous avons déja eu occasion de citer au tome VII, n° 558, note 1re.

537. La nullité pour vice de forme des actes reçus par notaires, et prononcée par l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, ne saurait être perpétuelle ; en conséquence elle doit être demandée dans les dix ans à partir du contrat, conformément au principe général de l'art. 1304, puisque la loi n'a pas fixé un autre délai.

Nous verrons au chapitre suivant si la nullité des actes sous signature privée mentionnés aux articles 1325 et 1326, se couvre par le silence de la

partie engagée, pendant dix ans à compter du jour où l'acte a été souscrit.

538. Comme le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs nulle en la forme; qu'il faut qu'elle soit refaite en la forme légale (art. 1339), (si le donateur persévère dans sa volonté), il est clair qu'elle ne peut non plus être confirmée, en ce qui le concerne, par le laps de dix ans. Au tome VIII, nº 339, nous rapportons un arrêt de la Cour de cassation, du 16 juin 1821, qui a même jugé que l'exécution volontaire d'une donation d'immeubles nulle en la forme, par le donateur, n'avait pu en purger le vice. Or, un acte qui ne peut être confirmé ni expressément, ni par l'exécution volontaire, ne peut pas l'être non plus tacitement par le seul laps de temps fixé par la loi pour exercer l'action en nullité ou en rescision.

539. Si un écrit faussement qualifié acte, au lieu d'être infecté d'un vice soit de forme, soit tout autre, est resté *imparfait*, pour n'avoir pas été signé, il ne peut être considéré que comme un projet, auquel on n'a pas donné de suite, et qu'on a négligé d'anéantir. Puisqu'il n'était pas destiné à produire une action, il n'est pas besoin de l'attaquer dans les dix ans par action en nullité. On l'écarterait toujours comme ne prouvant rien, sauf les cas prévus aux articles 1331 et 1332.

Au chapitre suivant, nous verrons dans quel dé-

lai un acte public doit être attaqué pour cause de faux ou de falsification.

540. Quant aux actes passés par une femme mariée non dûment autorisée, le délai pour exercer l'action en nullité ne commence à courir qu'à compter du jour de la dissolution du mariage (article 1304) : par conséquent, pour les héritiers de la femme, du jour de sa mort, naturelle ou civile ; et pour elle, du jour de celle de son mari.

541. Le délai ne serait donc point interrompu ni même suspendu par la circonstance que la femme aurait, durant son cours, convolé en de secondes noces. La prescription ordinaire n'est même point suspendue au profit de la femme pendant le mariage, sauf quelques cas d'exception (art. 2254, 2255 et 2256 analysés et combinés) ; or, il ne s'agit même pas ici d'une prescription ordinaire, mais bien d'un temps fixé pour exercer les actions en nullité ou en rescision, matière régie par des règles qui lui sont propres (art. 2264).

542. Et si la femme avait été dûment autorisée, et que l'acte fût néanmoins susceptible d'être attaqué pour vice de forme, ou pour cause de violence, erreur ou dol, le délai courrait contre elle, non pas seulement du jour de la dissolution du mariage, mais du jour de l'acte, ou de la cessation de la violence, ou de la découverte de l'erreur ou du dol, sans préjudice toutefois de ce

qui est établi par l'art. 1560, relativement à l'aliénation des immeubles dotaux par la femme ou le mari, ou par tous deux conjointement.

Et dans les autres cas, si la femme avait été violentée par son mari, le temps ne courrait contre elle qu'à compter de la dissolution du mariage, par argument de l'art. 2257, seconde disposition, attendu que l'action de la femme, dans ce cas, devant réfléchir contre le mari, du moins généralement, celui-ci serait présumé l'avoir empêchée d'agir.

Il faudrait en dire autant si, dans le cas où la femme n'aurait contracté que par suite de dol, le mari s'était rendu complice de l'autre partie, pour l'aider à circonvenir et tromper la femme, parce que quelque avantage lui aurait été fait par dessous main.

543. A l'égard des actes faits par les interdits, le temps ne court que du jour où l'interdiction est levée, dit l'art. 1304. Mais il faut dire : du jour où l'interdiction a *cessé*, par conséquent du jour aussi de la mort de l'interdit, arrivée avant que l'interdiction ait été levée par jugement.

Et à l'égard des actes faits par les mineurs, le temps court du jour de la majorité (*ibid.*).

544. Mais que l'on remarque bien qu'il ne s'agit ici que des actes faits par les mineurs ou les interdits eux-mêmes, et non de ceux qui ont été faits par les tuteurs, dans les limites du pouvoir que la loi leur a confié, actes inattaquables comme si les mineurs eux-mêmes les eussent faits en majorité, ou les

interdits avant l'interdiction (art. 450, 509 et 1314 combinés). C'est ce qui a été clairement démontré au titre *de la tutelle*, tome III, et en parlant *de la capacité des parties contractantes*, tome X.

Il ne s'agit point non plus ici des actes faits par des tiers qui auraient disposé des biens des mineurs; car si, par exemple, un tiers a vendu l'immeuble d'un mineur, il y a lieu d'appliquer les règles de la prescription ordinaire de dix, vingt ou trente ans, suivant qu'il y a eu présence ou absence, bonne ou mauvaise foi de l'acquéreur, et sans préjudice des suspensions et interruptions telles que de droit. *Voyez* à cet égard l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 décembre 1813. Sirey, 1814-1-213.

545. Nous avons même (1) appliqué cette décision à une vente d'immeubles faite par un tuteur sans l'emploi des formalités requises, à une vente faite par un tuteur qui a vendu de sa propre autorité; car un tuteur qui n'agit point comme doit le faire un tuteur, n'est point le mandataire légal du mineur; il ne le représente plus; c'est un étranger qui dispose sans droit et sans mission de la chose d'autrui: *nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cùm tutelam administrat, non cùm pupillum spoliat.* L. 7, § 3, ff. *pro emptore.* Aussi, dans le droit romain, ce n'eût point été un cas de restitution en entier, ni, dans notre ancienne jurisprudence, un cas de rescision; c'eût été un acte absolument nul

(1) Tome III, n° 598, et tome X, n° 282.

et de nul effet en ce qui concernait le mineur ; L. 4, ff. *in quib. caus. in integ.* et nous croyons fermement qu'il en doit être de même dans le droit actuel.

546. La restitution en entier accordée aux mineurs ou aux interdits ne profite qu'à eux et à leurs représentans et non aux personnes qui se sont engagées avec eux, solidairement ou sans solidarité, n'importe.

Cependant il y a exception dans les cas d'obligations purement indivisibles, parce que *in individuis minor relevat majorem*, ainsi que les articles 709 et 710 nous en offrent des exemples.

Mais s'il s'agissait de la vente d'un fonds commun entre un mineur et un majeur, la vente ne serait rescindée que pour la part qu'avait le mineur dans ce fonds. L. 47, § 1, ff. *de minoribus viginti quinque annis.*

547. L'action en nullité ou en rescision n'est toutefois point du nombre de ces droits qui sont exclusivement attachés à la personne ; en conséquence, elle est transmissible aux héritiers de celui qui l'avait en sa personne lors de sa mort.

Mais il est clair que les héritiers n'ont pour l'exercer que le temps qui restait au défunt, mort en état de capacité, ou depuis la cessation de la violence, ou la découverte de l'erreur ou du dol. La loi 19, ff. *de minoribus* est positive à cet égard.

Cette loi le décide ainsi, même pour le cas où l'héritier est mineur, et qu'il ne restait que fort

peu de temps à son auteur : seulement, le temps ne reprenait son cours contre l'héritier qu'à compter de sa majorité ; et, depuis la loi 5, § 3, au Code *de temporibus restitut. in integ.*, il ne courait contre lui que du jour de l'adition d'hérédité. Mais comme chez nous les héritiers sont saisis de plein droit (article 724), le temps, ou ce qui en restait au défunt, courrait évidemment du jour de sa mort, puisque l'effet de l'acceptation de la succession remonte à cette époque. (Art. 777.)

Quant au cas où celui qui avait à faire valoir une cause de restitution était venu à mourir pendant la minorité, les lois romaines décidaient généralement que le temps de la restitution commençait à courir du jour de l'adition d'hérédité (1), et non pas du jour où le défunt aurait eu atteint sa majorité. Le temps entre sa mort et sa majorité n'était pas compté, parce qu'il n'aurait point été utile au mineur lui-même pour obtenir la restitution en entier, les mineurs étant supposés ne pouvoir agir. C'était comme si le mineur fût mort le jour de sa majorité, ou comme s'il eût passé l'acte la veille du jour où elle aurait eu lieu. Et il n'est pas douteux qu'il n'en fût ainsi sous le Code.

548. Nous venons de dire que, dans le droit romain, lorsqu'un mineur succédait à un autre mineur qui avait à faire valoir une cause de resti-

---

(1) L. 5, § 3, Cod. *de temporib. rest. in integ.* précitée.

tution en entier, le temps ne courait pas pendant la minorité de l'héritier, parce que, dit Ulpien dans la loi 19, ff. *de minoribus*, ci-dessus citée, *hoc ipso deceptus videtur* (minor heres), *quod cùm posset restitui intrà tempus statutum ex personâ defuncti, hoc non fecit.*

Et il en était de même dans l'ancienne jurisprudence.

Mais en est-il ainsi sous le Code? Et en généralisant la proposition, le temps de l'action en nullité ou en rescision, sur quelque cause qu'elle soit fondée, est-il suspendu pendant la minorité ou l'interdiction des héritiers de celui qui avait cette action en sa personne, comme en matière de prescription ordinaire de dix, vingt ou trente ans. (Art. 2252)?

D'abord, dans la supposition même que la question dût être décidée par l'affirmative, il n'est pas douteux que si parmi les héritiers il y avait des majeurs non interdits, le temps ne dût courir contre eux, et pour leur part, à moins qu'il ne s'agît d'une chose purement indivisible, où il y aurait lieu d'appliquer la règle *in individuis minor relevat majorem*, consacrée par les articles 709 et 710.

Et quant à la question en elle-même, ce n'est pas assurément sans quelque hésitation que nous la décidons contre les mineurs et les interdits, venant du chef d'un majeur, mais nous le faisons cependant, sauf leur recours contre qui de droit; et voici nos raisons.

L'art. 1304, qui fait courir le délai seulement à

compter de la majorité, ou du jour où l'interdiction a été levée, parle des actes passés par les mineurs ou par les interdits eux-mêmes, et non d'actes passés par ceux auxquels ils ont succédé ; et aucune disposition de cette section du Code n'établit de suspension du délai à raison de la minorité des héritiers de celui qui avait l'action en sa personne.

Il est vrai que l'art. 2252, au titre *de la Prescription*, porte que « *la prescription ne court pas contre* « *les mineurs et les interdits*, sauf ce qui est dit à « l'art, 2278, et à l'exception des autres cas déter- « minés par la loi. » Mais d'abord il ne s'agit pas ici d'une prescription ordinaire, il s'agit simplement d'un temps fixé pour l'exercice de certaines actions d'une nature spéciale ; et l'article 2264 dit que « les « règles sur d'autres objets que ceux mentionnés « dans le présent titre, sont expliquées dans les ti- « tres qui leur sont propres » or, encore une fois, nous ne voyons au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général*, aucune disposition qui suspende le cours du temps accordé pour exercer les actions en nullité ou en rescision des conventions à raison de la minorité ou de l'interdiction de l'héritier de celui qui avait cette action en sa personne.

On ne soutiendrait probablement pas que cette espèce de prescription, si l'on peut même lui donner ce nom, serait interrompue par un simple commandement ou une saisie signifiée à l'autre partie, comme le serait une prescription ordinaire (art. 2244); car ce ne serait point là exercer une action en nullité ou

en rescision dans le délai fixé; ce serait au contraire un moyen de perpétuer l'action elle-même, en faisant une semblable signification tous les neuf ans, de manière que rien ne serait plus aisé que d'éluder le vœu de la loi, qui, pour la stabilité des contrats et de la propriété, a fixé le délai à dix ans, comme *maximum;* autre preuve que les règles générales de la prescription ordinaire ne s'appliquent point aux actions en nullité ou en rescision.

Aujourd'hui le délai de l'action en réméré et celui de l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes dans le prix de vente d'immeubles, ne sont point suspendus pendant la minorité ou l'interdiction des héritiers de celui qui a vendu, sauf leur recours contre leur tuteur (art. 1663 et 1676); et cependant ces actions sont d'un intérêt important.

Le délai de l'appel n'est point non plus suspendu aujourd'hui par la minorité ou l'interdiction, si le jugement a été signifié aussi bien au subrogé tuteur qu'au tuteur (art. 444, Code de procédure, et 509 Code civil, combinés).

Les prescriptions mentionnés dans les art. 2271 et suivans du Code civil, et dans d'autres dispositions du même Code et du Code de commerce, courent pareillement contre les mineurs et les interdits, sauf leur recours contre qui de droit.

Enfin les mineurs ne sont plus, comme dans les anciens principes, relevés aussi bien *de prætermissis et omissis*, *quàm de factis et gestis*, tellement

que si le tuteur dûment autorisé du conseil de famille a répudié une succession échue au mineur, elle peut bien être reprise, soit par le tuteur autorisé d'une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais il faut pour cela qu'elle n'ait pas été acceptée par un autre (art. 462); au lieu que dans l'ancien droit, le mineur eût pu se faire relever contre la répudiation, et se faire en conséquence restituer la succession par celui qui l'avait prise à son défaut.

De tous ces exemples, que nous pourrions étendre plus loin, nous concluons que les principes sont changés, et qu'il n'y a rien à inférer, quant à la question qui nous occupe, de ce que dans l'ancien droit le délai de la restitution en entier, ou des actions en nullité ou en rescision, ne courait pas pendant la minorité des héritiers de celui qui avait une de ces actions en sa personne.

On objectera peut-être, pour écarter l'application de l'art. 2264, qu'en matière d'action en réméré ou en rescision pour lésion dans la vente d'immeubles, en matière aussi d'appel, et pour les prescriptions de courte durée, la loi s'est formellement expliquée pour faire courir le délai contre les mineurs, et qu'elle est muette à leur égard quant aux actions en nullité ou en rescision qu'ils ont en qualité d'héritiers; qu'ainsi reste la disposition générale de l'article 2252 qui suspend le cours de la prescription, dans leur intérêt, pendant la minorité ou l'interdiction,

A cette objection nous répondrions d'abord qu'il y aurait désaccord dans les dispositions de la loi actuelle, si elle devait être entendue ainsi; car, assurément l'action en rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes dans le prix de vente d'immeubles, par exemple, est aussi importante pour un mineur, venant du chef d'un majeur, qu'une autre action en rescision ou en nullité, du moins généralement; et, de plus, elle ne dure que deux ans, tandis que les autres actions en rescision en durent ordinairement dix. Or si, en vue de consolider la propriété et de maintenir l'effet des contrats, la loi actuelle a voulu que le délai de cette action en rescision pour lésion énorme courût même contre les mineurs, quelque bref qu'il soit, et quelle que soit l'importance de l'action elle-même, sauf leur recours contre qui de droit, elle a dû vouloir également, sous peine d'inconséquence, qu'il courût aussi contre eux quand la rescision serait fondée sur une autre cause, et quand le délai serait cinq fois plus long.

Nous dirons, en outre, que dans une foule de cas, la loi ne s'est pas non plus formellement prononcée pour suspendre le délai de l'action pendant la minorité des héritiers de celui qui l'avait en sa personne, et cependant l'on n'oserait pas soutenir qu'il faut, dans ces mêmes cas, appliquer aussi la disposition générale de l'art. 2252. Le soutiendrait-on, par exemple, dans celui de l'art. 1854, et dans ceux prévus aux art. 1622 et 1648? on ne l'oserait pas. On ne

le prétendrait probablement pas non plus dans le cas de l'art. 317 ; car si l'action en désaveu de paternité devait se prolonger pendant la minorité des héritiers du mari, qui est mort dans le délai utile pour faire sa réclamation, et par la même raison pendant la minorité de leurs propres héritiers, et pouvait ainsi s'éterniser, il y aurait une bien grande contradiction de vues dans la loi, qui a fixé en principe la durée de cette action à un mois seulement.

Mais il est évident que, dans ces cas, et plusieurs autres encore que l'on pourrait citer, le temps de l'action est un délai *préfix*, et non une prescription ordinaire ; et tout nous porte à penser qu'il en est de même en matière d'action en nullité ou en rescision, sauf aux mineurs ou aux interdits qui ont succédé à l'action, leur recours tel que de droit contre leur tuteur, s'il a négligé leurs intérêts. Le système contraire nous paraîtrait tout-à-fait opposé à l'esprit du Code et à l'ensemble de ses dispositions ; car si celui qui avait l'action en nullité pour minorité ou interdiction venait à mourir dans la dixième année depuis sa majorité ou la main-levée de l'interdiction, laissant des héritiers en très bas âge, l'obligation pourrait être attaquée, de la sorte, après plus de trente ans de sa date ; et si ces mêmes héritiers venaient eux-mêmes à mourir en laissant aussi des représentans mineurs, et ainsi de suite, l'action n'aurait pour ainsi dire pas de fin, quand cependant le Code, dans la vue de consolider la propriété et l'effet des actes, a cru devoir limiter

la durée des actions de cette nature à dix ans, comme terme le plus long, en principe. Il y aurait donc défaut d'accord dans les vues des rédacteurs du Code, si l'on appliquait à ces sortes d'actions la règle établie au titre des prescriptions ordinaires, que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits. Au surplus, telle est notre opinion; nous ne prétendons pas du reste qu'elle soit à l'abri de toute controverse.

549. Il est un autre point également important et délicat, celui de savoir si le moyen de nullité peut être opposé en défendant même après l'expiration du temps fixé par l'art. 1304 pour intenter l'action en nullité ou en rescision, dans le cas où le créancier n'agiraait lui-même qu'après ce temps pour obtenir l'exécution du contrat. C'est demander, en d'autres termes, si l'ancienne maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, a été adoptée par le Code.

Le fondement de cette maxime se trouve dans quelques décisions des lois romaines, notamment dans la loi 5, § 6, ff. *de doli mali except.* (1), où le jurisconsulte Paul dit qu'il n'en est pas de l'exception de dol comme de l'action de dol, qu'elle est perpétuelle, quoique l'action de dol soit limitée à un certain temps : *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ità etiam exceptio eodem tempore*

(1) *Voyez* aussi la loi 5 au Code, *de exceptionib.*

danda est : nam hæc perpetuò competit. Et la raison que le jurisconsulte donne de cette différence, c'est que, dit-il, il dépend du créancier d'agir quand bon lui semble, pour demander l'exécution de l'obligation infectée du dol, mais il ne dépend pas du débiteur de se faire attaquer, pour pouvoir faire valoir son exception : *Cùm actor quidem in suâ potestate habeat, quandò utatur suo jure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quandò conveniatur.* S'il n'en eût été ainsi, le créancier aurait laissé passer, sans agir, le temps de l'action de dol (1), afin que sa demande ne pût plus être écartée. Et comme l'action de dol elle-même ne pouvait être exercée par la partie trompée tant qu'elle n'avait pas exécuté le contrat, parce qu'il était de principe, dans le droit romain, que cette action, comme infamante, n'était donnée que lorsqu'il n'y avait pas d'autre moyen de prévenir ou de réparer le préjudice causé par le dol, l'on sent que si l'exception n'eût pas duré autant que l'action produite par le contrat, le débiteur trompé eût été à la discrétion du créancier.

Mais nous ferons observer que cette raison est étrangère à notre droit, parce que nous n'y connaissons pas l'action de dol sous le même rapport, et que celle en nullité du contrat infecté de dol se-

(1) Qui n'était alors que d'une année (*annus utilis*), et qui fut étendu à deux ans par les constitutions des Empereurs, mais à deux ans *continus*, L. 8, Cod. *de dolo malo*.

rait parfaitement recevable avant même que le contrat fût exécuté.

D'après la loi 3 au Code, *de postulando*, celui qui avait souscrit un billet comme pour prêt, tandis qu'il n'avait pas reçu les deniers, pouvait répéter son billet pendant un certain temps, qui était le même que celui pendant lequel il eût pu faire valoir l'exception dite *non numeratæ pecuniæ*, temps qui était d'abord de cinq années, et qui fut ensuite restreint à deux ans. Instit. *tit. de litte. oblig.*

Enfin, d'après les lois 1 et 3, ff. de *condict. sine causâ*, celui qui avait promis par erreur, ou pour une cause qui n'avait pas été suivie d'effet, pouvait toujours se faire décharger, même par voie d'action; il pouvait *condicere suam obligationem.*

Quant à la maxime précitée, elle avait été reconnue applicable dans le droit français par plusieurs auteurs, tels que Bretonier sur Henrys (1), Papon (2) et Imbert (3); et MM. Delvincourt et Toullier la considèrent aussi comme applicable sous le Code, parce qu'elle est, disent-ils, juste et raisonnable.

D'abord, il est certain que, dans tous les cas où l'obligation est nulle de plein droit, comme contraire à l'ordre public, ou pour défaut d'objet qui soit dans le commerce, ou pour défaut de cause licite, l'on peut opposer l'exception de nullité à toute

---

(1) Tome II, livre 4, quest. 64.

(2) *Notar., lib.* 9, *fol.* 614.

(3) *Enchiridium.*

époque où l'exécution d'une semblable obligation serait demandée. Il n'y a pas d'action à raison d'un pareil engagement, et l'on peut en conséquence toujours dire qu'il n'y en a pas.

Mais pour les obligations qui ne sont pas nulles de droit, qui sont seulement annulables ou rescindables dans un certain temps fixé par la loi, à raison de quelque vice dans le consentement, comme la violence, le dol, l'erreur ou la lésion, ou à raison de l'incapacité de l'obligé, l'on peut soutenir que le temps pour les attaquer est le même, soit qu'on le fasse en défendant, ou par voie d'exception, soit qu'on le fasse en demandant, ou par voie d'action.

Le passage du rapport de M. Jaubert au Tribunat, sur le projet de loi, cité plus haut, nous paraît consacrer clairement cette distinction, puisque le rapporteur y déclare positivement que l'exception de nullité pourra toujours être opposée à la demande à fins d'exécution d'une obligation contraire aux lois, aux bonnes mœurs, sans objet ou sans cause licite; mais que le temps pour attaquer les obligations annulables à raison seulement de quelque vice dans le consentement, ou à raison de l'incapacité de la partie obligée, est limité par la loi, et que la restitution doit être demandée pendant ce temps, à peine d'être ensuite non recevable. Or, on attaque une obligation, on demande la restitution de deux manières: par voie d'action et par voie d'exception.

Les rédacteurs du Code, d'ailleurs, n'ignoraient pas l'ordonnance de 1539, datée de Villers-Coterets, et les réclamations qu'elle avait fait naître. Elle portait que les majeurs ne pourraient, après l'âge de trente-cinq ans parfait, demander la cassation des actes faits en minorité, « en demandant « ou *en défendant*, soit par voie de restitution ou « autrement, soit par voie de nullité. » Dumoulin regardait comme contraire aux principes la disposition de cette ordonnance, en ce qu'elle limitait la durée de l'exception de minorité à celle de l'action pour cette cause : *in hoc iniqua est constitutio,* dit-il à ce sujet ; mais c'était une raison de plus pour les rédacteurs du Code de la rejeter positivement, s'ils partageaient le sentiment de Dumoulin sur ce point, et il ne paraît pas qu'ils l'aient fait.

On dit, il est vrai, que l'art. 1304 ne parle que de l'action en nullité ou en rescision, que ce n'est que le délai pour l'exercice de cette action qui est déterminé par cet article ; qu'il n'est rien statué quant à l'exception, et qu'il faut conclure du silence du Code à cet égard, qu'on a entendu adopter la règle *quæ temporalia sunt ad agendum*, *perpetua sunt ad excipiendum*, attendu que cette règle est pleine de sagesse, puisqu'il n'est pas raisonnable que le temps coure contre une personne à qui l'on ne demande rien, et à laquelle on ne demandera peut-être jamais rien à raison d'un contrat vicieux ; qu'on n'a pas pu vouloir forcer cette personne à se jeter dans les embarras d'un procès en nullité tant que l'autre

partie ne paraît pas vauloir tirer avantage d'un tel contrat.

Mais à cela nous répondons que les rédacteurs du Code ont cependant rangé les actions en nullité ou en rescision parmi les manières dont *s'eteignent les obligations* (art. 1234); or, si l'exception de nullité peut être opposée à toute époque, cette exception sera bien sans doute une manière d'éteindre l'obligation, mais l'*action* elle-même n'aurait réellement pas cet objet; car de deux choses l'une : ou le contrat a été exécuté en temps d'incapacité, ou avant la cessation de la violence, ou la découverte du dol ou de l'erreur, et l'on est encore dans le délai utile; ou il n'a pas été exécuté. Dans la première hypothèse, l'action aurait pour objet réel la *répétition* de ce qui a été livré ou payé, plutôt que l'*extinction* d'une obligation qui se trouvait déja éteinte par l'exécution. Et si le contrat n'a pas encore été exécuté, la partie engagée n'a pas de motif, dans le système combattu, pour intenter une action dans ce délai pour être *libérée* de son obligation, puisqu'au moyen de l'exception qu'on lui reconnaît à toute époque, elle pourra toujours se dispenser de l'exécuter. Et cependant, en limitant la durée de l'action en nullité ou en rescision à un certain temps, la loi a voulu établir quelque chose d'utile quant au rapport sous lequel elle a considéré ces actions; or, c'est ce que l'on aperçoit aisément si le délai ne dure que dix ans, en géneral, aussi bien pour l'exception que pour l'action en nullité, aussi bien en

défendant qu'en demandant; car alors l'action elle-même, que l'on est obligé d'intenter dans ce délai, afin d'être dispensé d'exécuter un jour l'obligation, se trouve réellement être un moyen d'extinction de cette même obligation.

Mais, dit-on, je ne puis être forcé d'agir, *nemo invitus agere cogitur*, disent les lois romaines: L. *unic.* Cod. *ut nemo invitus*, etc. Et tant que je possède, je n'ai rien à demander; et tant que je ne suis point troublé dans ma possession, mon exception ne peut se prescrire, puisque c'est une maxime certaine que la prescription ne court point contre celui qui ne peut agir.

A cela l'on peut répondre qu'il est faux de dire, dans notre droit, que celui qui s'est obligé par violence, dol ou erreur, ne peut agir avant d'être lui-même attaqué aux fins d'exécuter le contrat; il peut de suite demander aux tribunaux l'annulation de son engagement. Il a droit et même intérêt à le faire, parce que les preuves de la nullité pourraient venir à périr avec le temps, et qu'ensuite, poursuivi par le créancier, il n'aurait peut-être plus les moyens de faire rejeter la demande. Ainsi cet argument qui était bon dans l'espèce de la loi 5, § 6, ff. *de doli mali except.* citée plus haut, ne vaut absolument rien dans notre droit.

Celui tiré de ce qu'il est peu naturel qu'une partie à qui l'on ne demande rien en ce moment, et à qui l'on ne demandera peut-être jamais rien à raison du contrat vicieux, soit obligée de se jeter dans

les embarras d'un procès en nullité, cet argument est plus plausible. Mais il ne faut cependant pas perdre de vue que l'obligation n'est pas nulle de plein droit, qu'elle est seulement annulable ou rescindable, et que la loi a fixé un temps pour en faire prononcer l'annulation ou la rescision, tandis qu'elle a donné une durée beaucoup plus longue à l'action de ce même contrat : d'où la partie a dû croire qu'elle serait poursuivie un jour, puisqu'on ne lui rend pas le titre, ou qu'on ne lui donne pas de décharge d'une autre manière. Elle doit donc s'imputer sa négligence à ne pas la demander en justice; et c'est ce que les rédacteurs de l'ordonnance de 1539 avaient évidemment pensé en limitant la durée du moyen de nullité jusqu'à l'âge de trente-cinq ans, pour les contrats passés en minorité, soit que la partie obligée le fît valoir par voie d'exception ou par voie d'action, en défendant comme en demandant.

Toutefois, il est une objection grave. On peut avoir fait un acte avec un interdit dans un moment où il ne jouissait nullement de sa raison. Il n'a aucune connaissance de ce qu'il a fait pendant sa démence, et ses héritiers ne le savent pas davantage, surtout si l'acte est sous signature privée. Or, si, en pareil cas, l'exception de nullité ne pouvait être opposée après les dix ans depuis que l'interdiction a cessé par le décès de l'interdit ou par l'effet d'un jugement, et lorsque l'exécution de l'acte serait demandée, il arriverait facilement que l'autre partie

s'assurerait par là le bénéfice d'un acte dont la loi avait prononcé d'avance la nullité (art. 502): il suffirait pour cela de tenir l'acte secret et de n'agir qu'après les dix ans.

Mais d'abord, tous cas de fraude et de dol sont toujours exceptés, et l'ensemble des faits atteste-rait évidemment la fraude en pareil cas : or, lorsque l'acte est attaqué pour cause de dol ou de fraude, le temps de la restitution ou de l'action en nullité ne commence à courir que du jour de la découverte du dol. En sorte que, même pour ce cas, et autres analogues, il n'y a pas nécessité de dire que l'on a entendu conserver, sous le Code, la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, dans les obligations annulables ou rescindables seulement dans un certain temps.

550. Au surplus, il importe beaucoup, à ce sujet, de ne point confondre les actions en répétition avec les actions en nullité ou en rescision des conventions.

Les premières sont soumises aux règles générales de la prescription ordinaire, et durent par conséquent trente ans (art. 2262), sans préjudice des suspensions et interruptions telles que de droit.

Les autres, lorsque l'acte est seulement annulable ou rescindable, et non radicalement nul, doivent être intentées dans les dix ans, à moins encore qu'une loi particulière n'ait fixé un temps plus court, comme dans les cas des art. 1854 et 1676.

Cette distinction a toujours été bien marquée. C'est ainsi que, dans le droit romain, les restitutions en entier devaient être demandées dans un certain temps, qui d'abord fut d'une année, et qui ensuite fut étendu à quatre ans; tandis que les actions en répétition de ce qui avait été payé par erreur, ou sans cause, ou pour une fausse cause, ou pour une cause dont l'effet n'avait pas suivi, ou pour une cause honteuse de la part seulement de celui qui avait reçu, étaient perpétuelles, d'après le droit des Pandectes, comme actions personnelles civiles, et, d'après le droit du Code, prescriptibles par trente ans. L. 3, Cod. *de præscript. triginta vel quadrag. annor.* (1). Et dans notre ancienne jurisprudence, ces actions duraient également trente ans; au lieu que les actions en rescision n'en duraient que dix, du moins en général. Le Code ne s'appliquant pas sur la durée des premières, tandis qu'il limite spécialement la durée des secondes à dix années, il est clair qu'il a entendu attacher à celles-là le temps de la prescription ordinaire.

Toute la difficulté consiste à bien discerner les cas où l'action est simplement une action en répétition, de ceux où c'est une action en nullité ou en rescision. A cet égard il faut distinguer si, pour pouvoir répéter ce qui a été payé, il y a lieu ou non à faire annuler ou rescinder quelque convention, en raison de laquelle le paiement aurait été

(1) *Voyez* Heinneccius, *Elementa juris*, n° 1270.

fait. Cette distinction, il est vrai, serait généralement sans importance, si l'on était encore dans les délais fixés pour l'exercice des actions en nullité ou en rescision; car alors si le défendeur prétendait que ce qui a été payé était dû en vertu de telle convention, le demandeur répliquerait que cette convention était nulle ou sujette à rescision, et en conséquence que le paiement lui-même doit être déclaré nul et sujet à restitution, en admettant toutefois qu'il ne dût pas être considéré comme une exécution volontaire de l'acte, comme ayant eu lieu à une époque où cet acte pouvait être valablement confirmé ou ratifié (art 1338). Mais après ces délais, la distinction est de la plus grande importance; et si, comme nous venons de le dire, il y a nécessité de faire rescinder ou annuler quelqu'acte, à raison duquel le paiement aurait été fait, alors l'action pour répéter se confondant avec l'action en nullité elle-même, elle doit être intentée dans le délai fixé par l'art 1304.

Mais si ce qui a été payé l'a été en raison d'une obligation radicalement nulle, parce qu'elle n'avait point de cause, et par erreur, ou parce que l'obligation n'avait qu'une cause honteuse de la part seulement de celui qui avait stipulé (1), il y a lieu

---

(1) Nous disons *honteuse de la part seulement de celui qui avait stipulé*, car si la cause était honteuse de la part du débiteur, ou même de tous deux, il n'y aurait pas lieu à la répétition. *Voyez* au Digeste le titre *de condict. ob turpem causam*, et ce que nous avons dit en parlant de *la cause* des obligations, au tome X. n° 374.

à répéter pendant trente ans, comme dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence.

551. Aussi nous ne saurions adopter le sentiment de M. Delvincourt, qui décide que si, au moment d'une vente, la chose vendue se trouvait avoir péri, et que l'acheteur eût payé le prix comptant, ignorant la perte de la chose, il devrait se pourvoir dans les dix ans pour le répéter, attendu que, dans ce cas, le contrat est nul aux termes de l'art. 1601, et que d'après l'art. 1304, la durée de l'action en nullité est fixée à dix ans en général.

C'est, selon nous, se méprendre sur le sens du premier de ces articles, que de vouloir le combiner avec le second. La nullité dont il parle n'est point du nombre de celles qui ont besoin d'être prononcées par les tribunaux pour opérer leur effet; c'est une de celles qui font que le contrat *n'existe pas* (1), tout de même que si on n'y avait mentionné aucun objet, ou que si l'on avait vendu un hippocentaure ou tout autre chimère; car il est impossible de supposer une vente sans une chose qui en soit la matière; or, une chose qui avait cessé d'exister au moment de la convention, et une chose qui n'a jamais existé, c'est absolument *unum et idem* quant à la convention de vente. Cette convention n'a pu opérer un véritable contrat, parce qu'il lui a manqué une des conditions essen-

---

(1) L. 57, ff. *de contrah. empt.*

tielles à tout contrat, une chose qui en fût l'objet (article 1108); c'est *negotium imperfectum;* le prix a été promis et payé *sine causâ*, ou, si l'on veut, pour une cause qui a manqué son effet; par conséquent il est sujet à répétition, comme chose payée par erreur, pendant tout le temps de la prescription ordinaire. Peu importe que les parties aient cru faire une vente, et que ce prix ait été payé en exécution d'une convention qu'elles croyaient être une vente, leur ignorance n'a pu faire un contrat de vente de ce qui ne pouvait pas en être un. Il n'y avait donc pas lieu à faire annuler ou rescinder dans le délai des actions en nullité ou en rescision, ce qui avait tout au plus l'*apparence* d'un contrat de vente.

S'il en est autrement dans les cas où la convention est seulement sujette à annulation ou à rescision, comme dans ceux où la partie engagée était incapable de s'obliger, ou bien dans ceux où son consentement était imparfait par suite de violence, de dol ou d'erreur, c'est parce que, dans ces cas, il y a un engagement, une obligation, un véritable contrat, en un mot, tant qu'il n'est pas anéanti (art. 1117 et 1124), et la loi ne donne pour le faire anéantir qu'un temps dont elle a déterminé la durée d'une manière spéciale. Au lieu que dans l'espèce, il n'y avait point d'obligation, point d'engagement, point de contrat dont il fût besoin de faire prononcer la nullité dans ce même délai; il n'y a eu qu'un paiement promis sans cause et payé par suite de la même erreur.

L'art. 1599 dit aussi que la vente que ferait Paul

de mon fonds, sans mon aveu, serait une vente nulle, et bien certainement je ne serais point obligé pour cela d'agir dans les délais fixés par l'art. 1304, pour empêcher que cette vente ne produisît des effets contre moi comme vente, puisque les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers et ayant-cause (art. 1134) : je pourrais revendiquer ma chose tant que l'acheteur ou tout autre détenteur n'en aurait pas acquis la propriété par le moyen de la prescription, sans avoir besoin pour cela de faire prononcer la nullité d'un acte qui m'est étranger; et je pourrais agir par action personnelle, pendant trente ans, pour être indemnisé, contre celui qui, en vendant ma chose sans mon aveu, m'aurait causé un préjudice.

552. Il ne faut pas non plus confondre avec les nullités ou les rescisions, la résolution des contrats : ces termes sont loin d'être synonymes en droit. La nullité ou la rescision s'applique aux contrats qui sont infectés de quelque vice, comme la violence, la lésion dans certains cas ou à l'égard de certaines personnes, et qui sont anéantis par suite d'un jugement; tandis que la résolution se dit d'un contrat parfait, dont les effets sont abolis par suite de quelqu'événement prévu par les parties, comme dans le cas d'une condition résolutoire qui s'est réalisée; ou par la loi, comme dans celui d'une donation révoquée pour survenance d'enfans; ou d'après une convention contraire des parties, ou

enfin par jugement, parce que l'une d'elles n'a pas rempli ses engagemens. (Articles 1183, 960, 1134 et 1184 combinés.)

Et dans ces divers cas, l'action pour répéter ce qui a été livré ou payé en exécution du contrat résolu, n'est soumise qu'à la prescription ordinaire de trente ans, qui ne commence même à courir que depuis la résolution, sans préjudice encore des suspensions et interruptions telles que de droit. Au lieu que les actions en nullité ou en rescision ne durent que dix ans, et encore si la loi n'en a pas limité la durée à un moindre temps par une disposition particulière.

§ III.

Des fins de non-recevoir qu'on peut opposer à l'action en nullité ou en rescision.

SOMMAIRE.

553. *L'action en nullité ou en rescision est éteinte par la confirmation ou ratification régulière.*

554. *Elle l'est aussi par une transaction.*

555. *Et par un compromis suivi de la décision des arbitres.*

556. *Et par l'exécution volontaire, à l'époque où l'acte pouvait être valablement confirmé ou ratifié.*

557. *Modification, quant à ce point, apportée aux cas de partage et de vente d'immeubles rescindables pour lésion.*

558. *L'exécution même partielle, dans les autres cas, purge aussi le vice de l'acte.*

559. *Dans le cas d'une obligation sans cause, ce qui en a été payé volontairement n'est pas sujet à répétition, mais le surplus n'est pas pour cela exigible.*

560. *Texte de l'art.* 1311 : *véritable sens de cet article, dont on a tiré une fausse conclusion.*

553. Indépendamment de la fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai fixé par la loi, le moyen de nullité ou de rescision peut se couvrir par diverses causes.

D'abord, la ratification ou confirmation par des actes réunissant les conditions requises par l'article 1338, et dont nous parlerons au chapitre suivant, purge le vice dont l'obligation était infectée, et par conséquent éteint l'action en nullité ou en rescision, pourvu que cette ratification ou confirmation ait été donnée par la partie en temps de capacité et de liberté, ou après la découverte de l'erreur ou du dol; et sauf aussi ce qui est établi à l'art. 1339, à l'égard du donateur, lorsque la donation est nulle en la forme.

554. Les vices de nullité ou de rescision se purgent également par des transactions régulièrement consenties.

555. Et comme le compromis, par lequel on choisit des arbitres pour prévenir ou terminer une contestation, est une sorte de transaction, formée sous la condition que les arbitres procéderont suivant les règles tracées par les parties elles-mêmes, ou par la loi, il s'ensuit que la décision arbitrale éteint l'action en nullité ou en rescision, parce qu'elle vaut jugement, si elle n'est pas régulièrement réformée.

556. L'exécution volontaire en temps de capa-

cité et de pleine liberté, et lorsqu'elle n'était point une suite forcée et directe de l'acte lui-même, purge également les vices d'incapacité, de violence, d'erreur ou de dol, et en général aussi les vices de forme (art. 1338 et 1115).

C'est en vertu de ce principe, que l'art. 892 porte que le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence (1).

557. Mais, selon nous, ce fait ne purge pas également le vice de lésion de plus du quart, du moins généralement. C'est au surplus un point que nous avons discuté avec étendue au tome VII, nº 589, où nous renvoyons. *Voyez* aussi au tome X ce que nous avons dit sur chacun de ces différens vices et les manières de les purger.

La simple exécution, quoique faite sans contrainte, d'une vente d'immeubles infectée d'une lésion de plus des sept douzièmes dans le prix, n'est point non plus une manière d'en purger le vice, puisque l'art. 1681, en donnant à un tiers *possesseur*, comme à l'acheteur lui-même, le droit d'arrêter le cours de l'action en rescision, et de *retenir* l'immeuble, moyennant l'offre du supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix

(1) *Voyez* au tome VII, nº 587 et suivans.

total, suppose bien évidemment que le contrat de vente a été *exécuté*, par la délivrance de la chose à l'acheteur, qui l'a lui-même transmise au tiers possesseur.

558. Dans les cas de dol, violence, erreur, incapacité et vice de forme, l'exécution de l'acte, quoique seulement partielle, en temps de capacité et de pleine liberté, en purge pareillement le vice, parce que c'est également une approbation tacite, et que l'art. 1115 porte qu'un acte ne peut plus être attaqué pour cause de violence si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit *tacitement*, soit en laissant passer le temps fixé par la loi; et l'on sent que la raison est absolument la même pour les autres vices susceptibles d'être purgés par ratification ou confirmation.

559. Mais précisément cela n'est point applicable à une obligation sans cause exécutée en partie, quoique bien volontairement; car le surplus est toujours promis sans cause, et une promesse sans cause n'est pas susceptible d'être confirmée. On peut, il est vrai, créer à la place une obligation valable, en faisant une donation de ce qui avait été promis d'abord, et en employant à cet effet les formes prescrites pour les actes portant donation; mais quant à la promesse faite sans cause, elle est et sera toujours nulle. Sans doute celui qui a payé volontairement une partie de la somme qu'il avait

promise sans cause et sans l'emploi des formes prescrites pour les actes portant donation, ne pourra répéter ce qu'il a ainsi librement payé, à raison du principe *cujus per errorem soluti est repetitio*, *ejusdem consultò dati donatio est*, L. 53, ff. *de regul. juris;* et une donation manuelle de somme ou d'effets mobiliers est très bonne, ainsi que nous l'avons démontré en son lieu; mais le surplus ne lui a pas été *donné*, il ne lui a été que *promis*, et promis sans cause; donc il n'a aucune action pour pouvoir *l'exiger*.

560. L'article 1311 porte que le mineur n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution.

L'on a donné de cet article une assez étrange interprétation, que nous avons réfutée au tome X, en traitant de la capacité des mineurs, nº 285. Il serait inutile de discuter de nouveau ce point. Le véritable sens de l'article est que, par sa ratification, donnée en majorité, le mineur purge tout à la fois les vices *de forme* dont pouvait être infecté l'acte qu'il a passé en minorité, comme serait, par exemple, s'il s'agissait d'un acte reçu par notaire, une infraction à la loi du 25 ventôse an XI, et le vice résultant de son incapacité, ou de lésion, puisque c'est pour cause de lésion qu'il était restituable. (Art. 1305.)

§ IV.

De l'effet de la nullité ou de la rescision par rapport aux parties et aux tiers.

SOMMAIRE.

561. *Quant aux parties, l'effet de la nullité ou de la rescision prononcée, est de remettre les choses au même état qu'avant le contrat.*

562. *Les mineurs, les interdits et les femmes non autorisées ne sont tenus de restituer ce qui leur a été payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, à raison du contrat annulé ou rescindé, qu'autant que l'autre partie prouve qu'ils en ont profité.*

563. Secùs *des capables; ce qu'ils ont reçu doit être restitué, à moins que ce ne fût un corps certain qui a péri par cas fortuit.*

564. *L'action en revendication des immeubles aliénés par des conventions annulées ou rescindées, a lieu contre les tiers.*

565. *Même dans le cas où le contrat a été annulé pour cause d'erreur, ou pour fait de dol de l'une des parties : renvoi à un volume précédent.*

566. *Il convient de mettre le tiers détenteur en cause.*

567. *Les hypothèques établies par la partie sont rescindées ou annulées.*

568. *Les créanciers de celui qui peut faire valoir une action en nullité ou en rescision, peuvent l'exercer en son nom.*

569. *Il en est de même des créanciers de la femme qui a l'action en nullité pour défaut d'autorisation.*

570. *Les droits d'enregistrement perçus pour un contrat annulé ou rescindé, ne sont point restitués.*

571. *Mais il n'est point dû de nouveau droit de mutation de propriété pour cette cause.*

572. *Il en serait autrement si la rescision n'était point prononcée par jugement.*

561. Par rapport aux parties, le principal effet de la nullité ou de la rescision prononcée par jugement est de remettre les choses dans l'état où elles étaient avant le contrat. En conséquence, ce qui a été livré ou payé doit être restitué, et les obligations doivent être anéanties.

562. Cependant, quant au mineur, à l'interdit, à la femme mariée non autorisée, admis en ces qualités à se faire restituer contre leurs engagemens, le remboursement de ce qui leur a été, en conséquence de ces engagemens, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que la somme ou la chose payée a tourné à leur profit. (Art. 1312.)

Ainsi, c'est à l'adversaire à prouver que ce qui a été payé a tourné au profit de l'incapable : par exemple, que la somme a servi à payer une dette légitime, à leur propre subsistance, à l'entretien et à la réparation de leurs biens, etc.

563. Au lieu que lorsque la nullité ou la rescision de l'acte est prononcée pour d'autres causes que l'incapacité, le demandeur doit restituer ce qu'il a reçu ou ce que son auteur a reçu, et dont le paiement est prouvé, sans que celui contre lequel la rescision est admise soit tenu de justifier qu'ils en ont profité.

Toutefois si c'était un corps certain qui eût péri sans que la perte eût été amenée par leur fait ou leur faute, ou celle des personnes dont ils

devraient répondre, il n'y aurait lieu à aucune restitution à cet égard. En effet, au moyen de la rescision du contrat, celui qui avait livré cet objet serait censé en avoir conservé la propriété, et s'appliquerait alors la règle *res perit domino*. En considérant même l'autre partie comme débitrice de ce corps certain, cette partie, au moyen de la rescision du contrat, en exécution duquel elle l'avait reçu, se trouverait libérée, par l'article 1302, de l'obligation de le restituer. Mais cela ne peut se dire des sommes et des denrées; quand bien même elles seraient venues à périr par cas fortuit dans la main de celui qui les avait reçues et qui a fait prononcer la rescision du contrat, il ne serait pas moins tenu d'en rembourser la valeur, à moins qu'elles ne lui eussent été payées en temps d'incapacité. Toute chose fongible périt pour celui qui en est propriétaire; or, il était devenu propriétaire des choses payées en exécution du contrat annulé seulement depuis le paiement.

564. Lorsque le contrat annulé ou rescindé avait pour objet l'aliénation d'immeubles, et que ces immeubles ont passé dans la main des tiers, qui n'en ont point encore acquis la propriété par le moyen de la prescription, le demandeur en nullité ou en rescision a contre eux l'action en revendication.

565. Il l'a même dans les cas d'erreur ou de dol, ainsi que nous l'avons démontré au tome X, n° 131 et 180, et à plus forte raison dans ceux de violence

ou d'incapacité. Seulement, pour qu'un contrat puisse être annulé ou rescindé pour cause de dol, il est nécessaire que les manœuvres aient été pratiquées par l'une des parties, et qu'elles aient été telles, que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté (art. 1116); et c'est ce que nous supposons établi en fait.

566. Mais il est plus simple de mettre les tiers détenteurs en cause, pour faire rendre commun avec eux le jugement de rescision, et de conclure subséquemment contre eux, comme contre la partie, à la restitution des biens livrés. On évite par là un second procès, et l'on prévient l'exception tirée de ce que la chose jugée ne fait autorité qu'entre ceux qui ont été parties dans l'instance, exception qui, dans beaucoup de cas, pourrait être opposée avec succès par les tiers détenteurs contre lesquels on voudrait faire valoir le jugement qui aurait prononcé la nullité ou la rescision du contrat seulement avec la partie.

567. Les hypothèques consenties par cette partie, ou établies de son chef, sont sans effet après le jugement d'annulation ou de rescision. (Art. 2125.)

568. Les créanciers de celui qui a une action en nullité ou en rescision à faire valoir peuvent exercer cette action en son nom, conformément à l'article 1166, et à ce qui a été dit sur ce point au tome X, nº 562.

569. Ceux d'une femme mariée qui a contracté sans être dûment autorisée, et lorsque l'autorisation était nécessaire, peuvent de même exercer l'action en nullité en son nom, ainsi que nous l'avons démontré au même volume, n° 561, où nous combattons l'opinion de M. Toullier (1) qui prétend que l'art. 225, en disant que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, le mari ou leurs héritiers, a fait, de cette action, un de ces droits *exclusivement attachés à la personne*, droits que, d'après la seconde disposition de l'art. 1166, les créanciers ne peuvent prétendre exercer au nom de leur débiteur. Mais cette opinion est évidemment erronée.

570. Enfin, comme d'après les lois sur l'*enregistrement* (2), tout droit légalement perçu n'est point sujet à restitution, il n'y a pas lieu pour la régie de restituer celui qu'elle a perçu pour l'acte annulé ou rescindé. *Voyez* entr'autres décisions judiciaires sur ce point, l'arrêt de cassation du 13 prairial an IX (3), et celui du 24 thermidor an XIII (4).

571. D'un autre côté, comme le jugement qui prononce l'annulation ou la rescision d'un contrat n'est point une rétrocession de propriété, qu'il n'y

---

(1) Nous avions déja réfuté l'opinion de cet auteur, au titre *du mariage*, tome II, n° 512.

(2) Art. 60 de la loi du 22 frimaire an VII.

(3) Sirey, tome II, partie 2, page 507.

(4) *Ibid.*, tome VII, partie 2, page 939.

a point de nouvelle mutation, que ce jugement est simplement déclaratif du fait que l'aliénation n'a pas été faite valablement, n'a pas eu lieu par conséquent, il n'est pas dû un nouveau droit pour transmission de propriété (1).

572. Au lieu que la rescision pour cause de lésion ou autre vice intrinsèque, même pour vice de nullité, non prononcée en justice, est considérée, par rapport à la régie, comme une résialiation ou rétrocession volontaire, qui donne lieu, en conséquence, à la perception du droit pour nouvelle mutation de propriété (2).

---

(1) *Voyez* l'arrêt du 8 avril 1811. Sirey, 1812-1-279.

(2) Arrêts de cassation du 10 octobre 1810 (Sirey, 11-1-36); du 30 janvier 1815, (*ibid.*, 15-1-263); et du 21 mars 1820, (*ibid.*, 20-1-337.)

FIN DU DOUZIÈME VOLUME.

TABLE
DES MATIÈRES.

TITRE III.

Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

CHAPITRE V.

SECTION II.

SECTION III.

SECTION IV.

SECTION V.

SECTION VI.

SECTION VII.

TROYES. — IMPRIMERIE DE CARDON.

